HL 0ZZ1 1

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb. 28, 1904

Digitized by Google

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Fünfzehnter Band.

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1904.

Rec. Feb. 28, 1904

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des fünfzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Seite

1. Eideszuschiebung über die Behauptung, eine Urkunde ungelesen unterschrieben zu haben? 1
2. Unter welchen Voraussetzungen ist anzunehmen, daß ein „Wirtschaftsführungsvertrag" ein zur Umgehung der Bestimmung des § 33 Gew.Ord. dienendes Rechtsgeschäft darstellt? 3
3. Bierabnahmevertrag. 1. Hört die Verpflichtung zur Abnahme auf, wenn der Abnehmer seine Wirtschaft verpachtet? 2. Voraussetzungen einer Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung 6
4. Gesellschaftsteilung in betreff eines Zeitungsunternehmens (§ 752. 753 B.G.B.) 10
5. Ist der Gläubiger verpflichtet, den Bürgen von der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu benachrichtigen, auf dem die Forderung, für deren Bezahlung sich der Bürge verbürgt hat, hypothekarisch sichergestellt ist? 16
6. Zur Auslegung des § 833 B.G.B. 22
7. Unter welchen Voraussetzungen hat ein Staatsbeamter, der auf Lebenszeit mit Pensionsberechtigung ernannt ist, aber seine Stelle nicht angetreten hat, die gesetzlichen Beiträge zur staatlichen Witwen- und Waisenpensionskasse für die Civilstaatsdiener zu entrichten? 26
8. Kann die Ungültigkeit eines Testaments und ein Pflichtteilsanspruch nur allen Testamentserben gegenüber einheitlich festgestellt werden? 38
9. Inwiefern ist nach Scheidung der Ehe für den Anspruch eines Elternteils gegen den andern auf (zeitweise) Ueberlassung eines Kindes der Rechtsweg zulässig? 39
10. Zur Auslegung des Art. 161 Abs. 3 E.G. zum B.G.B. . . 43
11. Ist es zulässig, auf Grund der Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen eine einzelne Vertragsbestimmung anzufechten? 50
12. Streitwertfestsetzung bei Streit lediglich über die Fälligkeit der eingeklagten Forderung? 54
13. Sind Reisekosten erstattungsfähig, die dadurch entstanden sind, daß eine Partei statt eines an ihrem Wohnsitz wohnenden Rechtsanwalts einen am Gerichtssitz wohnenden Prozeßbevollmächtigten aufgestellt hat? 58

Seite

14. Ein Rechtsanwalt kann eine Gebühr gemäß § 38 Ziff. 3 der R.A.G.O. vom Gegner nur ersetzt verlangen, wenn es zur Stellung eines Gesuchs um Erlassung des Vollstreckungsbefehls gekommen ist 59
15. 1. Bedeutung der Einlegung eines Patents in eine Gesellschaft; rechtliche Wirkung der Eintragung des Patentinhabers in die Titelrolle.
2. Zur Auslegung der §§ 273. 738 B.G.B. 135
16. Ist die Bestimmung des § 343 B.G.B. (richterliche Ermäßigung der Vertragsstrafe) anwendbar auf Vertragsstrafen, die vor dem 1. Januar 1900 vereinbart worden sind? 144
17. Berechnung der Vergleichsgebühr, wenn der Vergleich
1. sich auf nicht eingeklagte Ansprüche erstreckt,
2. außergerichtlich abgeschlossen, aber zum gerichtlichen Protokoll festgestellt ist? 146
18. Haftung des Eigentümers einer Wirtschaft für die von seinem angeblichen Wirtschaftsführer, der aber in Wirklichkeit die Wirtschaft für eigene Rechnung betreibt, bezogenen Lieferungen? . 148
19. Was ist unter dem „Betrieb einer Sortimentsbuchhandlung" zu verstehen? 152
20. Zur Auslegung des § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. 155
21. Ist die Verwandlung eines Vereins in eine Kommanditgesellschaft oder der Eintritt eines Kommanditisten als persönlich haftender Gesellschafter von Einfluß auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem Verein und dem betreffenden Gesellschafter? . . 157
22. Kann Ersatz der Kosten eines im Ausland geführten Prozesses verlangt werden, wenn die Vollstreckbarkeit von Urteilen der Gerichte des betreffenden Landes in Deutschland ausgeschlossen ist und der Kläger im Inland ein mit dem ausländischen Urteil sachlich übereinstimmendes Urteil erwirkt? 160
23. Zur Auslegung des § 21 C.P.O. 163
24. Zu § 91 Abs. 1 C.P.O.: eine Entschädigung für Zeitversäumnis einer Partei ist nur zulässig, soweit es sich um Zeitversäumnisse durch notwendige Reisen oder notwendige Wahrnehmung von Terminen handelt 165
25. Inwiefern ist der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, das Grundstück in einem die Gefährdung der Anwohner ausschließenden Zustand zu erhalten? 167
26. Inwiefern kann eine Widerspruchsklage aus § 771 C.P.O. auf den Besitz an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung gestützt werden? 175
27. Todeserklärung: Feststellung des Todestags auf einen Tag vor dem 1. Januar 1900 275
28. Zu §§ 116, 117, 817, 826 B.G.B. 281
29. Recht auf den Namen einer Druckschrift 284
30. Zu § 366 B.G.B. 289
31. Ungiltigkeit einer Vertragsbestimmung, wodurch einem Wirt für sich und seine Rechtsnachfolger die Verpflichtung auferlegt wird, sein Bier aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen . 290
32. Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter Anwalt zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt? 292
33. Geltendmachung der Folgen des Verzugs in Lieferung einer

Seite

Ware, die nach ihrer Natur nur innerhalb bestimmter Frist geliefert werden kann 294
34. Was ist unter einem „Mangel im Recht" zu verstehen? . . 295
35. Zum Begriff des „arglistigen Verschweigens" eines Mangels (§ 443 B.G.B.) 298
36. 1. Garantie und zugleich arglistige Täuschung betreffs des Bierverbrauchs in einer verkauften Wirtschaft?
2. Berechnung des Schadensersatzes im Fall eines durch falsche Vorspiegelung über den Bierverbrauch verübten Betrugs? . 300
37. 1. Besteht ein Vertragsverhältnis zwischen einem (württ.) Posthalter und den Reisenden, die in den von ihm laut Vertrag mit der Postverwaltung gestellten Postwagen befördert werden?
2. Zur Auslegung des § 833 B.G.B. 302
38. Zur Auslegung des § 836 B.G.B. 305
39. Zu § 1 und 13 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und § 37 Abs. 2 H.G.B. 311
40. Wer ist unter dem „Handelnden" i. S. des § 200 Abs. 1 H.G.B. zu verstehen? 318
41. Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Genossenschaft 325
(Rechtzeitigkeit und Formrichtigkeit der Berufung der Generalversammlung und der Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung) 326
42. Ist ein Anspruch aus einem Unfallversicherungsvertrag nur begründet, wenn und soweit der Unfall einen Vermögensschaden für den Versicherten zur Folge gehabt hat? 336
43. Anfechtbarkeit der Zahlung von Lebensversicherungsprämien aus § 32 Ziff. 2 Konk.-Ord.? 338
44. 1. Last der Faselviehhaltung als eine mit einem Realgemeinderecht verknüpfte oder als eine unter das Komplexlastengesetz fallende Last?
2. Wann ist durch eine Klagänderung die Verteidigung des Bekl. „wesentlich erschwert"? 341
45. Zum Begriff der unzulässigen Klagänderung 347
46. Kann Festsetzung der Prozeßkosten mit der Begründung verlangt werden, die unterlegene Partei habe in schlüssiger Weise tatsächlich auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet? . . 349
47. Zulässigkeit des Rechtswegs 350
48. Zum Begriff der Klagzurücknahme (§ 271 C.P.O.) 353
49. Ein Urteil kann nicht gleichzeitig als Zwischenurteil i. S. des § 304 und als Vorbehaltsurteil i. S. des § 302 C.P.O. erlassen werden 355
50. Keine Zusammenrechnung des Urteilsbetrags und des Betrags der festgesetzten Kosten im Fall des § 866 Abs. 3 C.P.O. . 357
51. Können Kosten eines zweiten Rechtsanwalts deshalb ersetzt verlangt werden, weil durch ihre Aufwendung angeblich Parteikosten erspart worden sind? 358
52. Berechnung des Streitwerts bei einer auf einen Vergleich über die Unterhaltspflicht gestützten Klage 359
53. Zur Auslegung des § 13 Ziff. 4 R.A.G.O. 361
54. Kann ein Bezirksnotar für Reisen, die er als Konkursverwalter gemacht hat, die Gebühren berechnen, die er für Reisen in amtlicher Eigenschaft zu beanspruchen hat? 362

Seite

B. in Strafsachen.

1. Den Beleidigten steht das Recht, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen, auch dann zu, wenn das Hauptverfahren nur wegen falscher Anschuldigung und nicht wegen der in derselben Handlung zu findenden Beleidigung eröffnet ist. Ueber die Zulassung des Anschlusses ist baldtunlich noch vor der Hauptverhandlung in beratender Sitzung zu entscheiden . . 61
2. Unter den von Polizeibehörden zur Verhütung von Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen erlassenen Anordnungen des Art. 32 Z. 5 Pol.St.G. sind nicht nur allgemeine, sondern auch solche Anordnungen zu verstehen, die für einen einzelnen bestimmten Fall erlassen werden 66
3. Zum Begriff des übermäßig schnellen Fahrens im Sinne des § 366 Z. 2, St.G.B. in der Anwendung auf Motorwagenfahrten 71
4. Die Strafbarkeit des Färbens von Eierteigwaren im Sinn der Ziff. 1 und 2 des § 10 des Ngef. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln 73
5. Die Rechtsgültigkeit des Verbots der Ankündigung von Geheimmitteln und diesen gleichgestellten Stoffen. Das subjektive Verschulden im Sinn des Art. 28 a des Pol.St.G. 78
6. Zum Tatbestand des § 114 St.G.B. Was fällt unter den Begriff Amtshandlung eines Bankontrolleurs? 89
7. Das Strafantragsrecht des Vaters als gesetzlichen Vertreters seines minderjährigen Sohnes 181
8. Der Begriff „Handlung" im Sinne des § 61 Str.G.B. Ueber das Verhältnis von Strafantrag und Privatklage 184
9. Zum Begriff des An sich bringens, zum Pfandnehmens und Verheimlichens im Sinne des § 259 St.G.B. 188
10. Der Begriff des „Ueberlassens an andere" im Sinn des § 367 Z. 3 St.G.B. betr. den Arzneimittelverkehr 194
11. Inwiefern kann die Nachbildung von Geldmünzen in Schokolademasse strafbar sein?
Die Tatbestandsmerkmale des § 360 Ziff. 5 R.St.G.B. und die Zulässigkeit einer beschränkten Einziehung im Sinne des Abs. 2 dieses § 201
12. Die Vermögensbeschädigung beim Betrugsvergehen in ihrem Verhältnis zu einem Garantieversprechen und zur Irrtumserregung 208
13. Was ist unter „Zum Verkauf bringen" im Sinn der Minist.-Verfügung vom 21. Febr. 1896 zu verstehen? 364

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1. Streit über das Nichtbestehen einer öffentlichen Wegelast (Nichtbestehen eines Gänseübertriebsrechts) 94
2. Unanfechtbarkeit des auf Grund der Gewerbeordnung ergangenen Rekursbescheids der Kreisregierung, wodurch die Erlaubnis zum Betrieb der Schankwirtschaft versagt wurde 99
3. Zu Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege (Hemmung der Rechtskraft) und zu Art. 10 ff. des Gesetzes vom 18. August 1879 über die

Seite

Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche (Beitreibung staatlicher Gewerbesteuer) 114

4. Streit mehrerer Werkbesitzer über die Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer. Benützung des Wasserwerks einer Sägmühle zum Mahlbetrieb 212

5. Konzessionspflichtigkeit einer Anlage, durch welche das zur Wiesenwässerung benutzte Wasser, soweit es bei dieser Verwendung nicht verbraucht wird, dem öffentlichen Gewässer, dem es entstammt, für einen andern Zweck entzogen wird 221

6. Privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Betrieb einer als Gemeindeanstalt bestehenden Wasserversorgung? 225

7. Eine Schankwirtschaft kann nicht durch Verlegung des Ausschanks einzelner Getränke in ein anderes Gebäude in mehrere Berechtigungen zum Ausschank einzelner Getränke geteilt werden 238

8. Zu Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 und zu § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes (Klage) . . 244

9. Zu § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes 247

10. Zu Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (Eröffnung der Entscheidung oder Verfügung d. Verwaltungsbehörde) 249

11. Zu Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung und zu §§ 6 und 10 des Stuttgarter Ortsbaustatuts (in der Fassung dieser §§ vom 1. April 1898).
Uebergang der Verpflichtung zur Erstattung der Kosten der Randsteine an den Gehwegen auf den späteren Gebäudebesitzer 369

12. Zu Art. 11 Abs. 3 und 4 der Bauordnung. Uebergang der Verpflichtung zur Bezahlung eines Dohlenbeitrags auf den späteren Gebäudebesitzer kraft ortsbaustatutarischer Vorschrift . 371

III.

Ist der fliegende Gerichtsstand der Presse auch für die Aburteilung von Verfehlungen gegen landesrechtliche Strafvorschriften aufgehoben? Urteile der Strafkammern Tübingen und Ellwangen. 116

IV. Abhandlung.

1. Verfügungsrecht des Ehemanns über die Errungenschaftsgrundstücke bei dem landrechtlichen Güterstand. Von Landgerichtsrat Frhr. v. Wächter-Spittler in Hall 118

2. Ueber die Zulässigkeit der Anfechtung gemäß § 119 B.G.B. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der in § 481 B.G.B. erwähnten Arten. Zum Begriff der „wesentlichen Eigenschaft". Von Amtsrichter Breucha, Hilfsrichter beim Landgericht Stuttgart 253

3. Verfügungsmacht des Ehemanns und Zwangsvollstreckung gegen ihn bei landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft. Von R.-A. Dr. Schefold, Ulm 375

V. Sprechsaal.

Ueber das Verfahren bei Preßdelikten. Von Amtsanwalt Henning in Vaihingen 270

Seite

IV. Literarische Anzeigen.

Mandry, Württembergisches Privatrecht. II. Band. 3. Teil . . 133
Staudinger, Commentar zum B.G.B. 2. Aufl. . . 134. 272. 386
Düringer u. Hachenburg, Commentar zum H.G.B. . . . 272
Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 272
Rietschel, Das Recht am eigenen Bilde 273
Köhler, Das Gefangenentransportwesen in Württemberg . . . 273
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung . . 386
Zeitschrift für Arbeiterversicherung 386
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 386
Beßler, Das bürgerl. Recht einschließlich des Handels- und Wechselrechts und des württ. Landesrechts. I. Band. Die allgemeinen Lehren 386
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht 387
Romeick, Zur Technik des B.G.B. Heft III: Rechtsnachfolge . 387

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Eideszuschiebung über die Behauptung, eine Urkunde ungelesen unterschrieben zu haben?

Der Bekl. hat gegen die Klage, die sich auf eine von ihm unterzeichnete Urkunde stützte, eingewendet, er habe die Urkunde (in einem durch den Kl. hervorgerufenen Irrtum über deren Inhalt) unterzeichnet, ohne sie gelesen zu haben, und hat hierüber dem Kl. den Eid zugeschoben. Hierüber ist in den

Gründen

gesagt:

Gegenüber der Anfechtung aus § 119 B.G.B. wegen Irrtums, weil der Bekl. über den Inhalt der Willenserklärung im Irrtum gewesen sei oder eine Erklärung dieses Inhalts gar nicht habe abgeben wollen, kommt vor allem in Betracht, daß der Bekl. die Urkunde unterschrieben hat. Dadurch ist nach § 416 C.P.O. zunächst bewiesen, daß er die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen, darunter auch die fragliche, abgegeben hat. Weiter ist hiedurch nach dem gewöhnlichen Verlauf und den Regeln des Verkehrs, abgesehen von besonderen Umständen, auch der Beweis dafür erbracht, daß der Bekl. Erklärungen dieses Inhalts abgeben wollte

und mit deren Inhalt einverstanden war. Diesem Beweis durch die Urkunde kann nicht ohne weiteres durch eine Eideszuschiebung darüber entgegengetreten werden, daß der Bekl. etwas anderes erklären wollte oder daß er die Urkunde nicht gelesen habe, im letzteren Fall mit der weiteren Folgerung, daß er dann die Erklärung auch nicht gewollt haben könne oder über ihren Inhalt im Irrtum gewesen sein müsse. Es wird vielmehr das Gegenteil der in erster Linie genannten entscheidenden Tatsache regelmäßig als durch die Urkunde bewiesen erscheinen und deshalb der Eid über diese Tatsache gemäß § 446 C.P.O. als unzulässig, der Eid über eine mittelbar zum Beweis der entscheidenden dienende Tatsache als unerheblich anzusehen sein.

Im vorliegenden Fall treffen nun die bereits bei der Frage der Arglist [1]) erörterten Umstände zu und ihr Gesamtergebnis ist nicht imstande, den nach gewöhnlichem Verlauf aus der Unterschrift der Urkunde zu ziehenden Schluß zu entkräften, daß der Bekl. eine Erklärung des fraglichen Inhalts abgeben wollte und mit diesem Inhalt einverstanden war, sich nicht im Irrtum über diesen befand. Sodann ist weiter behauptet, der Bekl. habe die Urkunde nicht gelesen bevor er sie unterzeichnet habe. Wenn aber auch dieser Umstand hinzutreten würde und bewiesen wäre, daß der Bekl., ohne die fragliche Bestimmung zu lesen, unterzeichnet hätte, so wäre auch damit noch nicht die angeführte Folgerung aus der Unterschrift entkräftet. Der Bekl. konnte die näheren Bestimmungen ohne weiteres so annehmen wollen, wie sie der andere zu geben pflegte u. s. w. Jedenfalls sind die Umstände nicht entscheidend für die Annahme einer besonderen von der Regel des Lebens abweichenden Gestaltung. Der Eid über das Durchlesen erscheint damit als unerheblich.

Urteil des ersten Civilsenats vom 10. Januar 1902 i. S. Raff gegen Guggenheim.

---

1) In dem nicht abgedruckten Teil des Urteils.

2.

Unter welchen Voraussetzungen ist anzunehmen, daß ein „Wirtschaftsführungsvertrag" ein zur Umgehung der Bestimmung des § 33 Gew.Ord. dienendes Rechtsgeschäft darstellt?[1])

Kl. hatte mit P. K. einen Vertrag abgeschlossen, durch den er den P. K. als „Wirtschaftsführer" auf einer vom Kl. gepachteten Wirtschaft bestellte; für die Forderungen des Kl. aus diesem Vertrag gegen P. K. hat sich der Bekl. verbürgt. Gegenüber einer Klage aus dieser Bürgschaft hat Bekl. eingewendet: der Vertrag zwischen dem Kl. und P. K., und folglich auch das Bürgschaftsversprechen, sei nichtig, weil Kl. und P. K. in Wirklichkeit einen Pachtvertrag geschlossen haben, kraft dessen P. K. auf eigenen Namen und eigene Rechnung die Wirtschaft habe führen sollen und der vorliegende schriftliche Vertrag nur einen zwecks Umgehung des § 33 Gew.Ord. verfaßten ungültigen Scheinvertrag darstelle. Dieser Einwand ist verworfen worden.

Gründe:

Wäre erwiesen, daß der Hauptschuldner P. K. in der Zeit vom 3. April 1900 bis zum 10. April 1901 die Schenkwirtschaft auf dem „Hirsch" in G., wie der Bekl. behauptet, als Pächter, somit für eigene Rechnung betrieben habe, so würde der Vertrag vom 25. März 1900, durch welchen sich der Kl. verpflichtete, dem P. K. zum Wirtschaftsbetrieb einen Teil der daselbst bezeichneten Räume zu überlassen, und die Erfüllung dieser Verpflichtung jedenfalls dann gegen ein verbietendes Gesetz verstoßen haben, wenn der Kl. und P. K. sich dessen bewußt gewesen wären, daß das Verhältnis zwischen ihnen Pachtcharakter trage. Denn da der Pachtbetrieb einer Wirtschaft sich als selbständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes darstellt, zu dessen Beginn — und Fortsetzung — nach § 33 Abs. 1 Gew.Ord. eine besondere polizeiliche Genehmigung (Konzession) erforderlich ist, hätte sich

1) Vergl. W.J.B. 8 S. 6 ff.; 10 ff.

P. K. durch den unbestrittenermaßen ohne solche Genehmigung begonnenen Betrieb der Hirschwirtschaft eines Vergehens i. S. des § 147 Z. 1 Gew.Ord. schuldig gemacht, der Kl. aber durch die Ueberlassung der Wirtschaftsräume an den P. K. zum unkonzessionierten Betrieb zu jenem Vorgehen wissentlich durch die Tat Beihilfe geleistet, § 49 St.G.B. Der Vertrag aber, durch welchen der Kl. die Verpflichtung zur Ueberlassung der Wirtschaftsräume an P. K., also zur Begehung einer strafbaren Handlung, übernommen hätte, verstieße direkt gegen die §§ 147 Ziff. 1 Gew.Ord. und § 49 St.G.B. und wäre daher nach § 134 B.G.B. nichtig und es würde sich alsdann die Frage erheben, ob und inwieweit hiedurch auch die Gültigkeit des vorliegenden Bürgschaftsvertrages beeinflußt würde.

Der Bekl. gründet seine Behauptung, daß der Kl. und P. K. nur zum Schein einen Wirtschaftsführungsvertrag miteinander abgeschlossen haben, daß sie in Wirklichkeit ein Pachtverhältnis haben begründen wollen und in einem solchen auch gestanden seien, lediglich auf den Inhalt der Vertragsurkunde vom 25. März 1900. Allein hiedurch wird der ihm für die Richtigkeit seines Vorbringens obliegende Beweis[1]) nicht erbracht. Daraus, daß in der genannten Urkunde das Verhältnis zwischen dem Kl. und P. K. auch — in § 6 — als „Pacht" und der Kl. — am Schlusse — als „Verpächter" bezeichnet ist, auch von „Pachtgeld" (in § 3) und von „Pachtzeit" (in § 9) die Rede ist, folgt nichts für die Annahme des Bekl., da diese Bezeichnungen angesichts des Umstandes, daß nach dem grundlegenden § 1 P. K. zum Wirtschaftsführer bestellt wurde, zweifellos lediglich der Kürze halber gebraucht worden sind. Die in § 3 des Vertrags getroffene Vereinbarung sodann, wornach P. K. einen bestimmten Betrag für das Liter Bier und Wein an den Kl. abzuführen hatte, und die Differenz zwischen diesem Betrag und dem tatsächlichen Erlös für sich behalten durfte,

1) Vergl. Seuffert Archiv Bd. 32 Nr. 109, Bd. 34 Nr. 108, Bd. 52 Nr. 73.

schließt die Auffassung des Verhältnisses als einer bloßen Wirtschaftsführung, als einer bloßen Stellvertretung des Kl. durch P. K. nicht aus, da die Entlohnung des Wirtschaftsführers auch dadurch geschehen kann, daß ihm statt einer festen Summe ein Teil des Ertrags gewährt wird [1]).

Ebensowenig nötigt die Bestimmung in § 4 wornach P. K. Ungeld, Sportel, Gewerbesteuer, Polizeistrafen und kleinere Ausbesserungen zu bezahlen (bezw. dem Kl. für die von ihm hiewegen gemachten Ausgaben Ersatz zu leisten) hatte, zur Annahme eines Pachtverhältnisses. Denn diese Vertragsbestimmung kann auch als Beschränkung der dem Bekl. aus der Wirtschafts*führung* zufließenden Vorteile aufgefaßt werden. Jedenfalls aber ist *das* nicht erwiesen, daß der Kl. und P. K. einen Pachtvertrag abschließen *wollten* und daß sie das zwischen ihnen über die Dauer des Wirtschaftsbetriebs des P. K. bestandene Verhältnis als eine Pacht angesehen haben. Hiegegen spricht vor allem die unbestrittene Tatsache, daß der Kl. einen mit der Urkunde vom 25. März 1900 übereinstimmenden Vertragsentwurf dem Oberamt G., also der zur Erteilung der Konzession für selbständigen Wirtschaftsbetrieb und zur Entscheidung darüber, ob ein von dem Konzessionsinhaber vorgeschlagener Stellvertreter den gesetzlichen Erfordernissen genüge (vergl. § 46 der Ministerialverfügung vom 9. November 1883, betr. den Vollzug der Gew.Ord.), zuständigen Behörde vorgelegt hat. Wäre er davon ausgegangen, daß das in dem Entwurf entsprechend der Urkunde vom 25. März 1900 normierte Verhältnis sich als Pachtverhältnis darstelle, so hätte er, da er natürlich gewußt hat, daß ein Pächter der Konzession für den Wirtschaftsbetrieb bedürfe, ohne Zweifel nicht *diesen* Entwurf, sondern einen auf Täuschung des Oberamts berechneten, dem äußeren Anscheine nach unverkennbar auf Begründung eines bloßen Stellvertretungsverhältnisses gerichteten Vertragsentwurfs vorgelegt. Daraus sodann, daß das Oberamt, wie es schon durch die Nichtbeanstandung des Ent-

1) Vergl. Schicker, Gewerbeordnung § 45 Note 2.

wurfs zu erkennen gegeben hat, das Verhältnis seinerseits auch nicht als Pacht angesehen hat, durften der Kl. und sein Gegenkontrahent P. K. den Schluß ziehen, daß in Wirklichkeit durch den Vertrag ein Pachtverhältnis nicht begründet werde und es fehlt daher zum mindesten am Beweise dafür, daß der Kl. dem P. K. seine Wirtschaftsräume zu einem konzessionsbedürftigen Betriebe überlassen, daß er überhaupt demselben zu einem ein Vergehen i. S. des § 147 Z. 1 Gew.Ord. begründenden Betriebe Beihilfe leisten wollte, hienach aber auch dafür, daß der Vertrag vom 25. März 1900 des Kl. gegen ein verbietendes Gesetz verstoßen habe.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 30. Dezember 1901 i. S. Krill gegen Waldenmaier.

3.

Bierabnahmevertrag.

1. **Hört die Verpflichtung zur Abnahme auf, wenn der Abnehmer seine Wirtschaft verpachtet?**
2. **Voraussetzungen einer Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung.**

Laut Vertrag der Parteien vom 5. Februar 1901 hatte Bekl. sich verpflichtet, das Bier für seine Wirtschaft vom 1. April 1901 bis 1. April 1903 ausschließlich von der Klin. zu beziehen. Im März 1901 verpachtete Bekl. seine Wirtschaft an seine bisherige Bierlieferantin und verzichtete auf die ihm zustehende persönliche Wirtschaftskonzession. Die auf Schadensersatz gerichtete, für die ganze Vertragsdauer im April 1901 erhobene Klage der Klin. wurde zum Teil für begründet, zum Teil für zur Zeit nicht begründet erklärt aus folgenden

Gründen:

Der Unterrichter hat den zwischen den Parteien am 5. Februar 1901 geschlossenen Vertrag dahin ausgelegt, daß Bekl. ungeachtet der im März ds. J. erfolgten Verpachtung seiner Wirtschaft an die Hecht-Brauerei verpflichtet geblieben

sei, in der Zeit vom 1. April 1901/3 das für seine Wirtschaft erforderliche Bier von der Klin. zu beziehen. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird von dem Bekl. mit Unrecht bestritten, der Wortlaut des Vertrags spricht gegen die Annahme, daß Bekl. von der Klin. nur dasjenige Bier zu beziehen sich verpflichtet habe, welches während des genannten Zeitraumes *im Falle des Betriebes der Wirtschaft durch den Bekl. selbst oder auf seine Rechnung* gebraucht werden würde, als Gegenstand des Vertrags erscheint vielmehr der Bedarf der Wirtschaft als solcher. Dies ergibt sich auch aus dem, wie offenkundig ist und daher ohne Zweifel auch dem Bekl. bekannt war, von den Bierbrauereien mit Abschluß von Bierlieferungsverträgen verfolgten Zweck, durch Gewinnung einer für längere Zeit gebundenen Kundschaft eine sichere Grundlage für die Einrichtung des Umfangs ihres Geschäftsbetriebs sich zu verschaffen. Solchen, in den beteiligten Kreisen herrschenden Anschauungen Rechnung tragend hat denn auch das bayer. A.G. zum B.G.B. vom 9. Juni 1899 in Art. 13 Abs. 2 für Bierlieferungsverträge bestimmt, daß, wenn das Geschäft des einen oder des andern Teiles durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen Dritten übergeht, der bisherige Inhaber dafür einzustehen hat, daß der neue Inhaber in den Vertrag eintritt. Zu Gunsten der von dem Bekl. vertretenen Auslegung läßt sich auch nicht der Mangel ausdrücklicher, auf den Fall einer Veränderung im Wirtschaftsbetrieb bezüglicher Bestimmungen im Vertrag geltend machen. Wenn auch solche, ins einzelne gehende Verabredungen behufs Vermeidung von Streitigkeiten sich empfehlen mögen, so rechtfertigt deren Fehlen doch nicht eine Einschränkung der aus dem nicht spezialisierten Vertrag abzuleitenden Verpflichtung des Wirtes. Hiernach ist die Bierbezugspflicht des Bekl. jedenfalls nicht damit erledigt, daß er seine Wirtschaft einem andern *pachtweise* überlassen hat.

Die Klin. hat die Schadensersatzpflicht des Bekl. in I. Instanz, abgesehen von der Berufung auf § 826 B.G.B., auf die

von dem Bekl. verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrags gestützt. Das zeitliche Moment ist allerdings für die von den Parteien übernommenen Verbindlichkeiten der Lieferung bezw. Abnahme des Bieres so wesentlich, daß diese nur zu der Zeit erfüllt werden konnten, welche dafür im Vertrag vorgesehen war und daß mit dem Ablauf der Zeit (und eben deshalb) die Leistungen, wie sie vertragsmäßig geschuldet waren insoweit unmöglich geworden sind — sowohl die Bierlieferungsverpflichtung der Klin., als auch die Abnahmeverpflichtung des Bekl., wenn man letztere überhaupt als die derjenigen der Verkäuferin korrespondierende Verpflichtung gelten lassen will. Die Unmöglichkeit der Leistungen hat auch der Bekl. schuldhaft dadurch herbeigeführt, daß er seiner Verpflichtung zuwider sich geweigert hat, der zur Leistung bereiten Klin. das Bier abzunehmen. Hieraus ergibt sich nun aber, daß die Unmöglichkeit der Leistung nur für den in der Vergangenheit liegenden Teil des im Vertrag bestimmten Zeitraumes vorliegt; für die Zukunft sind die bezeichneten Leistungen beider Parteien möglich; nur ist etwa der Bekl. verhindert, das ihm zu liefernde Bier zu dem beim Vertragsschluß in Aussicht genommenen Zweck zu verwenden.

Die Klin. hat zwar in II. Instanz den Schadensersatzanspruch in erster Linie auf den Verzug des Bekl. zu stützen erklärt. Allein wenn auch bei Successivlieferungsverträgen im Fall des Verzugs des Käufers der Verkäufer sofort zur Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme bezüglich des ganzen Vertrags berechtigt und wenn er auch nach § 326 Abs. 1 B.G.B. im Fall der bestimmten Erfüllungsweigerung des Käufers zur Setzung einer Nachschrift nicht verpflichtet sein und eine solche Weigerung hier vorliegen sollte, so müßte die Klin. doch, ehe sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 Abs. 1 zu fordern berechtigt ist, sich für die Ablehnung entschieden und dies dem Bekl. erklärt haben, was weder von ihr behauptet noch — mit Rücksicht auf den, freilich in prozessualisch unzulässiger Weise gleichzeitig erhobenen, Erfüllungsanspruch — sonst ersichtlich ist.

Der auf die noch nicht abgelaufene Vertragszeit bezügliche Schadensersatzanspruch, worauf er auch gestützt werden mag — und hiemit erledigt sich auch die Berufung auf § 826 B.G.B. — zeigt sich jedoch noch aus einem anderen Grunde als nicht gerechtfertigt. Klin. beansprucht von dem Bekl. Ersatz des Gewinnes, der ihr dadurch entgehe, daß ihr der Bekl. das für seine Wirtschaft erforderliche Bier in der vereinbarten Zeit nicht abnehme. Nach § 252 B.G.B. umfaßt zwar der Schaden auch den entgangenen Gewinn; allein entgangen ist der Gewinn erst je in dem Zeitpunkt, da die Klin. dem Bekl. das Bier geliefert haben würde und hiemit die entsprechende Kaufpreisforderung begründet worden wäre. Dafür, daß vor diesem Zeitpunkt ein Schaden vorhanden wäre, ist nichts vorgebracht. Eine Verurteilung kann aber nur erfolgen, wenn der geltend gemachte Anspruch in dem maßgebenden Zeitpunkt, am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, begründet ist. Etwaige im gemeinen Recht in Beziehung auf Schadensersatzansprüche zugelassen gewesene Ausnahmen [1]) können hier nicht in Betracht kommen. Die Klin. hat allerdings Verurteilung des Bekl. zu künftiger ratenweiser Zahlung beantragt; allein solche würde gemäß §§ 257—259 C.P.O. erfordern, daß nur die Fälligkeit des Anspruchs noch nicht eingetreten oder doch mindestens, daß Bedingtheit vorhanden sei, während vorliegend ein Schadensersatzanspruch überhaupt noch nicht begründet ist [2]).

Urteil des II. Civilsenats vom 10. April 1902 i. S. Braun gegen Tivolibrauerei.

---

1) S. Mommsen Beitr. II § 14.

2) I Entw. z. B.G.B. § 190 Mot. I S. 365., Komm. Prot. I 245. VI 656; Mot. zur Nov. der C.P.O. § 231 a.—c, Gaupp-Stein 4. Aufl. S. 547 III bei § 257., S. 548 I Abs. 2 zu § 258., S. 549 I zu § 259 C.P.O.

4.

Gesellschaftsteilung in betreff eines Zeitungsunternehmens (§ 752. 753. B.G.B.)

Der Beklagte und seine Rechtsvorgänger einerseits und der Kläger beziehungsweise dessen verstorbene Ehefrau und Erblasserin andererseits hatten seit dem Jahr 1887 beziehungsweise 1897 die Herausgabe eines forstwirtschaftlichen Wochenblatts unter dem Titel „Aus dem Walde" betrieben, das schließlich etwa 3500 Abonnenten hatte. Am 28. September 1900 hat der Kläger den Gesellschaftsvertrag auf 31. Dezember 1900 gekündigt, womit der Beklagte einverstanden war. Unbestritten ist, daß — außer dem Kopfkliché für die Zeitschrift — unverteilte im Eigentum der Gesellschaft stehende Sachen nicht vorhanden sind. Seit 1. Juli 1901 hat der Bekl. das Erscheinen des Wochenblatts „Aus dem Walde" in seinem Verlage eingestellt und gibt seither die Wochenzeitschrift „Forstliche Blätter" heraus, während der Kl. in einem Kommissionsverlag seit dem genannten Zeitpunkt das Wochenblatt „Aus dem Walde" weiter erscheinen läßt. Im gegenwärtigen Prozeß beantragt nun der Kl. den Bekl. zu verurteilen, in den Verkauf des Verlags der Zeitschrift „Aus dem Walde" und des dazu gehörigen Kopfklichés nach den Vorschriften des Pfandverkaufs im Wege der öffentlichen Versteigerung und in die Teilung des Erlöses unter den Parteien zu gleichen Teilen zu willigen, in zweiter Linie hat Kläger die Art der Teilung des „Verlags" in das richterliche Ermessen gestellt. Der Beklagte hat den Anspruch des Klägers bestritten. Das Gericht I. Instanz hat dem in erster Linie gestellten Klagantrag entsprochen. Das Berufungsgericht hat dem Antrag nur insoweit stattgegeben, als der Verkauf des Klichés beantragt wurde, im übrigen aber die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Zunächst ist festzustellen, wie der „Verkauf" eines Zeitungsunternehmens durch den (oder die) Eigentümer der Zei-

tung rechtlich aufzufassen ist. Wenn der Eigentümer einer Zeitschrift diese ohne alle sachliche Unterlage (wie etwa die zur Herstellung der Zeitung dienenden Materialien, Manuskripte von Autoren u. drgl.) „verkauft", so handelt es sich dabei nicht um eine Uebertragung von Sachen oder Rechten: denn die im Betrieb eines gewissen Geschäfts oder Unternehmens, hier eines Zeitungsunternehmens, sich äußernde Betätigung der Persönlichkeit ist kein der Veräußerung zugängliches Privatrecht (sondern ein Ausfluß des dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehörenden „Grundrechts" auf freie Bewegung der Persönlichkeit [1]).

Ein derartiger „Verkauf" einer Unternehmung ist daher ein ganz eigenartiges Rechtsgeschäft: der „Verkäufer" verpflichtet sich, gegen Gewährung einer entsprechenden Gegenleistung seitens des andern Vertragsteils diesen im Betrieb einer unter dem gleichen Titel — als Fortsetzung der bisherigen Zeitung — erscheinenden Zeitung nicht zu hindern und seinerseits den Fortbetrieb seines bisherigen Unternehmens zu unterlassen. Aehnlich verhält es sich mit dem „Verkauf" einer Arzts- oder Rechtsanwaltspraxis oder einer Kundschaft [2]). Das Kammergericht hat daher [3]) ausgeführt: der „Verkauf" einer bisher im Verlag des „Verkäufers" erschienenen Zeitschrift sei kein auf Grund des R.Ges. vom 21. Juli 1879 anfechtbares Rechtsgeschäft, weil es sich dabei nicht um Weggabe eines dem Zugriff der Gläubiger unterliegenden Vermögenswerts handle. Man mag davon ausgehen, daß auch auf ein derartiges Rechtsgeschäft die Grundsätze über den Kauf anwendbar sind, soweit sie passen; damit ist aber nicht viel gewonnen, denn es ist eben stets zu prüfen, inwieweit diese Grundsätze auf einen solchen Fall passen.

Im vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich um die

1) S. Gierke D.Pr.R. Bd. 1 § 81 Note 8.

2) Vergl. R.G. 37 nr. 47 (auch 33 nr. 7); Seuffert 52 nr. 66; 56 nr. 27; W.J.B. 4 S. 169; 6 S. 57—58.

3) In der Entscheidung bei Seuffert 56 nr. 27.

Frage, ob, wenn ein Gesellschafter die auf den Betrieb eines Zeitungsunternehmens gerichtete Gesellschaft kündigt, er oder überhaupt ein Gesellschafter das Recht hat, zu verlangen, daß der „Verlag" (richtiger: das Unternehmen oder Geschäft) „verkauft" wird. Dabei wird — im Anschluß an die Behauptungen des Klägers — unterstellt, daß zwischen den Parteien bis 1. Januar 1901 eine (gemeinrechtliche) Gesellschaft bestanden hat.

1) Eine Gesellschaft wie die der Parteien kann, wenn das Unternehmen unter gemeinschaftlicher Firma betrieben wird, als offene Handelsgesellschaft errichtet werden: § 105 vgl. mit § 1 Ziff. 8 H.G.B. Wird eine offene Handelsgesellschaft durch Kündigung aufgelöst, so haben die Liquidatoren nach § 149 H.G.B. „die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen". Mit Recht wird verneint, daß hienach die Liquidatoren befugt sind, das Geschäft im Ganzen (geschweige das Firmenrecht) zu verkaufen [1]). Denn ein solcher Verkauf des „Geschäfts" würde nach dem oben Ausgeführten den bisherigen Gesellschaftern Verpflichtungen in betreff ihrer künftigen gewerblichen Tätigkeit auferlegen, z. B. dahin, daß sie keine Geschäftsverbindung mehr mit den bisherigen Kunden der Gesellschaft unterhalten [2]); die Liquidatoren sind aber naturgemäß nicht berechtigt, den Gesellschaftern derartige Verpflichtungen aufzubürden. Nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ist — mangels gegenteiliger Vereinbarungen — jeder Gesellschafter befugt, am gleichen Ort, in der gleichen Straße ein gleichartiges Geschäft zu beginnen und die bisherigen Kunden der Gesellschaft für sein neues Geschäft zu gewinnen; in diese Befugnis würde eingegriffen, wenn die Liquidatoren das „Geschäft" zu „verkaufen" ermächtigt wären.

Aus dem Bisherigen folgt, daß auch kein Gesellschafter vom andern dessen Einwilligung in den Verkauf des Ge-

1) S. Staub 6 u. 7. Aufl. Anm. 30 zu § 149 H.G.B., Gareis und Fuchsberger Anm. 235 Abs. 3 zu Art. 137 H.G.B. a. F.

2) Vergl. Seuffert 52 nr. 66; W.Z.B. 6 S. 57–58.

schäfts verlangen kann: denn er ist (wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist) nicht berechtigt, dem andern Gesellschafter für die Zukunft eine Beschränkung in der freien Bewegung bezüglich seines Erwerbs- und Geschäftsbetriebs anzusinnen; nur den Verkauf der sachlichen Unterlagen des Geschäfts: der Grundstücke, Waren, Geschäftseinrichtung, Forderungen, Patentrechte u. drgl. kann er verlangen, nicht aber den des Geschäfts selbst, der „Chancen".

Freilich stellt „das Geschäft" einen unter Umständen sehr erheblichen Vermögenswert dar; aber dieser Vermögenswert läßt sich ohne Eingriff in die höchst persönlichen Rechte der Gesellschafter, in deren Recht auf freie Bewegung bezüglich ihrer Erwerbstätigkeit, ohne ihre Einwilligung in die Uebernahme gewisser einschlägiger Verpflichtungen und Beschränkungen nicht verwerten, er läßt sich daher ohne Einwilligung aller Gesellschafter nicht in Geld umsetzen und eine solche Einwilligung läßt sich — falls nicht die Gesellschafter bei Gründung der Gesellschaft oder später Vereinbarungen in dieser Richtung getroffen haben — nicht erzwingen. Wenn gelehrt wird, der Konkursverwalter könne das Geschäft des Gemeinschuldners im ganzen veräußern, so ist damit eben die Veräußerung des „Inbegriffs der Geschäftseinrichtung, der Waren und Geschäftsausstände samt den zum Geschäftsbetrieb unentbehrlichen Geschäftsbüchern" zu verstehen [1]); eine Verpflichtung oder Beschränkung des Gemeinschuldners betreffs seines künftigen Geschäftsbetriebs ist aber damit nicht verbunden und kann damit nicht verbunden sein; denn die Berechtigung, solche Verpflichtungen anzubedingen, fehlt dem Konkursverwalter in gleicher Weise wie den Liquidatoren oder Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft.

Können sich also die bisherigen Gesellschafter nicht hinsichtlich der Uebernahme solcher Verpflichtungen und Beschränkungen einigen, um dadurch eine Verwertung des „Geschäfts" zu ermöglichen, so hört dieses eben zu bestehen auf. Daß ein Geschäft oder Unternehmen im Zweifel mit dem Ende

1) Vergl. Seuffert Konkursprozeßrecht § 47 Ziffer 3 bei Note 9.

der Gesellschaft, die es betrieben hat, aufzuhören hat, ergibt sich auch aus folgendem Gesichtspunkt. Die Begründer oder Eigentümer einer Unternehmung z. B. einer Zeitschrift, haben ein (ideelles) Interesse daran, daß dieses Unternehmen, das mit ihrer Person, ihrem Namen verknüpft war, nicht in die Hände von jemand kommt, der es in einer den Ansichten und Grundsätzen der bisherigen Eigentümer widersprechenden Weise betreibt, z. B. die bisher konservative, vornehm gehaltene Zeitschrift in eine demokratische oder dem Skandal und Klatsch huldigende Zeitung verwandelt oder das bisherige solide kaufmännische Geschäft in ein mit allen Mitteln der Reklame arbeitendes Warenhaus. Ein solcher Uebergang des bisherigen Unternehmens in Hände, die mindestens der eine oder andere der bisherigen Gesellschafter mit seinem bisherigen Geschäft nicht in Berührung kommen lassen will, ließe sich aber unter Umständen nicht verhüten, wenn ein Gesellschafter von andern gezwungen werden könnte, in den Verkauf des Unternehmens einzuwilligen.

2) Was im bisherigen betreffs der offenen Handelsgesellschaft ausgeführt worden ist, muß nach der Natur der Sache auch für die gemeinrechtliche Gesellschaft (Sozietät) gelten: wenn zwei Rechtsanwälte oder Aerzte eine Gesellschaft zwecks gemeinsamer Ausübung der Praxis gebildet haben, so kann im Fall der Kündigung der Gesellschaft (im Zweifel) kein Teil verlangen, daß die Praxis (das Geschäft, die Kundschaft) verkauft wird: das würde einen Verzicht der „Verkäufer" gegenüber dem „Käufer" auf Fortbetrieb der Praxis in der bisherigen Weise durch jeden einzelnen der bisherigen Gesellschafter bedingen und zu einem derartigen Verzicht verpflichtet der Gesellschaftsvertrag an sich keineswegs. Auch in betreff einer zum Betrieb eines Zeitungsunternehmens bestehenden Gesellschaft kann nichts anderes gelten: löst sich durch Kündigung seitens eines Gesellschafters die Gesellschaft auf, so hört — mangels gegenteiliger Vereinbarung der Gesellschafter — die bisher gemeinschaftlich herausgegebene Zeitung auf und jeder Gesellschafter erlangt

betreffs Herausgabe einer (neuen) Zeitung mit demselben oder einem andern Titel die Befugnisse wieder, die er vor Gründung der Gesellschaft hatte.

Wenn die Parteien seit Beendigung der Gesellschaft — 1. Januar 1901 — eine Gemeinschaft nach Bruchteilen i. S. des B.G.B. bilden, so ändert das an der dargelegten Sachlage nichts. Denn das B.G.B. enthält in dem Titel über die „Gemeinschaft" keine Bestimmung, wonach der Verkauf einer gemeinschaftlichen Unternehmung (d. h. die Uebernahme gewisser persönlicher Verpflichtungen und Beschränkungen seitens der bisherigen Gesellschafter, jetzigen Gemeinschaftsteilhaber, gegen gewisse Gegenleistungen) auf Verlangen eines Gemeinschaftsteilhabers auch gegen den Willen der andern zu erfolgen hat; die von einer Teilung „gemeinschaftlicher Gegenstände" handelnden §§ 752. 753 B.G.B. lassen sich auf einen derartigen Fall nicht entsprechend anwenden.

3) Ein Anspruch des Kl. auf Einwilligung des Bekl. in die „Versteigerung" der Zeitschrift „Aus dem Walde" besteht daher nicht, wenn ein solcher sich nicht aus dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag vom Jahr 1887 ableiten läßt. (Die Gründe führen aus, daß dies nicht der Fall ist und fahren sodann fort:)

Auch von einer auf andere Weise als durch Versteigerung erfolgenden Teilung dieses Unternehmens kann keine Rede sein, sofern nicht die Parteien in dieser Richtung eine Vereinbarung treffen; in Ermanglung einer solchen hat vielmehr eben das Unternehmen aufzuhören. Was aber den gestellten Klagantrag betrifft, so wäre ein Urteil, so wie es beantragt und vom vorigen Richter erlassen ist, in seinem Inhalt durchaus unklar: so viel wäre wohl zweifellos, daß der Käufer künftig eine forstwirtschaftliche Zeitschrift unter dem Titel „Aus dem Walde" erscheinen lassen dürfte, ohne daß die Parteien dagegen Einsprache erheben könnten, aber ob die Parteien irgend welche weiteren Verpflichtungen — und welche? — dem Käufer gegenüber hätten, insbesondere bezüglich Unterlassung einer Konkurrenz u. drgl.,

bliebe vollständig im Dunkeln. Die Klarstellung hierüber wäre aber vom erheblichsten Interesse für den Käufer und mutmaßlich von entscheidendem Einfluß auf den Kaufpreis. Insbesondere müßte Klarheit über das Verhältnis des Käufers zu der Sterbekasse für das deutsche Forstpersonal, also darüber herrschen, ob der Käufer in die aus diesem Vertrag sich ergebenden Rechte und Pflichten einzutreten hätte. Ein Urteil, das den Beklagten lediglich schuldig erklärt, in die Versteigerung des Zeitungsunternehmens „Aus dem Walde" einzuwilligen, ohne die Versteigerungsbedingungen, insbesondere die von den bisherigen Gesellschaftern zu übernehmenden Verpflichtungen festzusetzen, wäre nicht vollstreckbar. Man kann wohl jemanden verurteilen, in die Versteigerung eines Hauses, eines Pferdes u. drgl. einzuwilligen, indem vorausgesetzt wird, die Versteigerung habe unter den üblichen Bedingungen zu erfolgen; aber die Bedingungen, unter denen ein Zeitungsunternehmen versteigert wird, verstehen sich keineswegs von selbst, können vielmehr sehr verschiedener Art sein; der zur Einwilligung in die Versteigerung verurteilte Gesellschafter wäre aber doch nicht verpflichtet, sich alle dem andern Gesellschafter beliebenden Bedingungen gefallen zu lassen, und die Versteigerung wäre daher nicht ausführbar, wenn nicht die Gesellschafter über die Versteigerungsbedingungen sich zu einigen vermöchten oder durch einen neuen Rechtsstreit festgestellt würde, welche Bedingungen sich jeder Gesellschafter gefallen zu lassen hat. Kl. hat auch im Berufungsverfahren über die seiner Ansicht nach der Versteigerung zu Grund zu legenden Bedingungen nur unvollständige Auskunft gegeben.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Dez. 1901 i. S. Schnürlen gegen Jäger.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

5.

Ist der Gläubiger verpflichtet, den Bürgen von der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu benachrichti-

gen, auf dem die Forderung, für deren Bezahlung sich der Bürge verbürgt hat, hypothekarisch sichergestellt ist?

Klin. hatte an die Eheleute K., Eigentümer des Kurhotels in D., eine auf dem Kurhotel unterpfändlich versicherte Forderung von 7000 M., wofür sich Bekl. verbürgt hatte. Bei einem im Jahr 1899 in das unbewegliche Vermögen der K.'schen Eheleute eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren verblieb das Kurhotel dem Generalagenten Br. im dritten Aufstreich um 115 000 M., einen Preis, bei dem die unterpfändlich gesicherte Forderung der Klin. befriedigt worden wäre. Am 4. Mai 1900 erklärte Klin. schriftlich: sie sei mit dem Zuschlag an den Käufer Br. einverstanden, sofern Bekl. sich als Selbstzähler und Bürge für Br. verbindlich mache. Am 9. Mai schrieb hierauf die Ratsschreiberei D. an den Bekl.: Br. habe das Anwesen um 115000 M. angekauft; Klin. sei mit dem Zuschlag an Br. unter der eben angeführten Bedingung einverstanden; ob Bekl. die verlangte Bürgschaft übernehmen wolle? Am 15. Mai erklärte Bekl. mit Schreiben an die Ratsschreiberei D., er übernehme die Bürgschaft betreffs der 7000 M. auch für Br. Schon am 14. Mai 1900 aber hatte der Gemeinderat D. beschlossen, im Hinblick auf die Weigerung des Bl. (als eines dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Realgläubigers, der durch das Angebot des Br. nicht gedeckt wäre), „das Zwangsvollstreckungsverfahren in Gemäßheit des Art. 21 des Gesetzes vom 18. August 1879) einzustellen". Die Einstellung des Verfahrens ist der Kl. am 30. oder 31. Mai 1900 eröffnet worden, nicht aber dem Bekl.

Am 22. Juli 1900 ordnete das Amtsgericht St. auf Antrag der städtischen Sparkasse St. für eine Zinsenforderung dieser Kasse Zwangsversteigerung des Kurhauses nebst den dazu gehörigen Grundstücken an.

Der Versteigerungstermin wurde rechtzeitig im Stuttgarter Neuen Tagblatt öffentlich bekannt gemacht; auch Klin. wurde von ihm in Kenntnis gesetzt; sie war aber weder im

Vorbereitungs- noch im Versteigerungstermin erschienen oder vertreten. Bei der Versteigerung am 17. September 1900 gab Br. das Meistgebot von 80 000 M. ab. Eine Einwendung der Beteiligten gegen die Erteilung des Zuschlags erfolgte nicht. Mit Beschluß vom 24. September 1900 erteilte der Kommissär dem Br. den Zuschlag; die Beteiligten, worunter Klin., wurden hievon in Kenntniß gesetzt; eine Anfechtung erfolgte nicht. Klin. ist (wie die ihr folgenden Hypothekargläubiger) mit ihrer Forderung völlig durchgefallen, ihre Hypothek ist gelöscht. Gegen die Klage auf Bezahlung von 7000 M. hat Bekl. u. a. eingewendet: daran daß die gegen ihn eingeklagte Schuld von K. nicht habe beigetrieben werden können, trage Klin. selbst die Schuld, sofern sie von dem Versteigerungstermin vom 17. September 1900 weggeblieben sei, statt durch Mitsteigern den Br. so hoch hinaufzutreiben, daß ihre Forderung noch Befriedigung gefunden hätte, und sofern sie (wie unbestritten ist) unterlassen habe, den Bekl. von Einstellung des ersten und Einleitung des zweiten Zwangsvollstreckungsverfahrens und insbesondere von dem Versteigerungstermin vom 17. September 1900 in Kenntnis zu setzen und es ihm dadurch zu ermöglichen, seine Rechte und Interessen zu wahren. Bekl. ist nach dem Klagantrag verurteilt worden.

Gründe.

Aus dem Bürgschaftsvertrag ist keinenfalls für Klin. die Verpflichtung erwachsen, ihrerseits bei einer Zwangsversteigerung des ihr verpfändeten Anwesens auf dieses zu bieten; es ist nicht einzusehen, wodurch eine solche Verbindlichkeit für Klin. begründet gewesen sein sollte, die sie der Gefahr ausgesetzt hätte, daß das Kurhaus in ihren Händen geblieben wäre; sich einem derartigen Risiko auszusetzen, hatte Klin. um so weniger Anlaß, als ihr der Bekl. als Selbstschuldner haftete, sie also nach ihrem Belieben von jedem Vorgehen gegen den Hauptschuldner absehen und Bezahlung der verfallenen Beträge sofort vom Bekl. verlangen konnte. Sie hatte deshalb auch keine Verpflichtung gegenüber dem Bekl., bei der

Versteigerung zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen; ein dem Verzicht auf die Hypothek gleichstehendes Preisgeben ihres Unterpfandsrechts läßt sich in diesem Wegbleiben von der Versteigerung um so weniger sehen, als sie angesichts des Ergebnisses der Versteigerung vom 30. April 1900 und der Tatsache, daß hinter ihr noch fünf Hypotheken für Forderungen im Gesamtbetrag von 58 000 M. eingetragen waren, nicht daran denken konnte, bei der Versteigerung vom 17. September 1900 werde ihre hypothekarisch gesicherte Forderung ausfallen.

Eine unbedingte Verpflichtung des Gläubigers, von der bevorstehenden Versteigerung eines ihm hypothekarisch haftenden Grundstücks seinen Bürgen mindestens dann zu benachrichtigen, wenn der Gläubiger selbst der Versteigerung nicht anwohnen will, ist nicht anzuerkennen: es ist Sache des Bürgen, sich um die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners zu bekümmern, und er hat in der Regel durch die in öffentlichen Blättern erfolgenden Ankündigungen einer Zwangsversteigerung Gelegenheit, von derartigen sein Interesse berührenden Ereignissen Kenntnis zu nehmen; der Gläubiger kann ihm die Wahrung seiner (des Bürgen) Interessen überlassen, er hat z. B.[1]) keine Verpflichtung, den Bürgen davon zu benachrichtigen, daß er seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners nicht anzumelden beabsichtige. Unbedingt ausgeschlossen wäre eine Verpflichtung des Gläubigers, den Bürgen von der Zwangsversteigerung eines dem Gläubiger als Hypothek haftenden Grundstücks zu benachrichtigen, dann, falls eine solche Benachrichtigung von Amts wegen zu erfolgen hätte, wie Bekl. für einen Fall der vorliegenden Art nach Inhalt seiner Streitverkündung an den Fiskus annimmt. Es ist aber fraglich, ob diese Auffassung des Bekl. zutreffend ist.

Von der eben berührten Frage abgesehen mag dem Bekl. zugegeben werden, daß unter Umständen nach den Grund-

1) Wie der II. Civilsenat erkannt hat: s. W.J.B. 6 S. 307 = Seuffert 50 Nr. 165.

sätzen von Treu und Glauben ein Gläubiger verpflichtet sein kann, von der bevorstehenden Zwangsversteigerung des ihm als Unterpfand haftenden Grundstücks den Bürgen in Kenntnis zu setzen. Man wird auch für das gemeine Recht und das Recht des B.G.B. annehmen können, was das Reichsgericht[1]) für das preußische Recht ausgesprochen hat, „daß in jedem Bürgschaftsverhältnis der Gläubiger weder absichtlich noch grob fahrlässig dem Bürgen die Möglichkeit vereiteln darf, sich, wenn er seiner Pflicht gegen den Gläubiger genügt, aus dem Vermögen des Hauptschuldners Ersatz zu verschaffen", widrigenfalls ihm der Bürge „die Einrede arglistiger Anspruchsverfolgung" entgegenhalten kann. Sollte dieser Gesichtspunkt im gegenwärtigen Fall anwendbar sein, so müßte sich feststellen lassen, einmal, daß Klin. vermuten mußte, Bekl. werde von der auf 17. September 1900 anberaumten Zwangsversteigerung nichts erfahren, wenn sie ihn nicht davon in Kenntnis setze, sodann aber weiter, daß Klin. daran denken mußte oder jedenfalls konnte, die Zwangsversteigerung werde, falls weder sie noch Bekl. sich daran beteilige, ein derart ungünstiges Ergebnis haben, daß ihre Forderung ganz oder teilweise durchfallen werde. Keine dieser Annahmen ist aber begründet. (Dies wird zunächst in der Richtung ausgeführt, daß Klin. annehmen durfte, Bekl. werde von der auf 17. September 1900 anberaumten Zwangsversteigerung Kenntnis erhalten; sodann wird fortgefahren:) Vollends unhaltbar ist die Behauptung des Bekl., Klin. habe „wissen müssen, daß ihre Forderung gegen K. verloren sei", wenn weder sie noch Bekl. bei der Versteigerung vom 17. September 1900 erscheine. Bei der letztvorangegangenen Versteigerung vom 30. April 1900 hatte Br. 115000 M. geboten, eine Summe, die zur Befriedigung der Forderung der Klin. mehr als genügt hätte; hinter der Forderung der Klin. kam noch eine Reihe von Hypothekargläubigern mit sehr beträchtlichen Forderungen, die augenscheinlich das höchste Interesse daran haben mußten, daß ein dem

1) Reichsger. Bd. 8 S. 267.

wahren Wert des zur Versteigerung gebrachten Anwesens möglichst nahe kommender Erlös erzielt ward; und daß dieser wahre Wert 100 000 M. überstieg, unterliegt keinem Zweifel angesichts der Tatsache, daß Br. am 30. April 115 000 M. für das Anwesen geboten hatte und daß hypothekarisch gesicherte Forderungen im Betrag von 140 000 M. darauf hafteten. Der Gedanke mußte daher ausgeschlossen sein, daß die der Klin. nachstehenden Hypothekargläubiger — worunter kapitalkräftige Persönlichkeiten — es zulassen werden, daß das Anwesen um einen nur zur Deckung der zwei ersten Hypotheken ausreichenden Preis verkauft werde; Klin. durfte sich vielmehr darauf verlassen, wenn auch von ihrer Seite Niemand bei der Versteigerung erscheine, werden doch ihre Interessen notwendig von den Nachpfandgläubigern durch die zur Wahrung von deren Interessen erforderlichen Schritte mit gewahrt werden. Daß es dem Br. (oder sonst jemanden) gelingen werde, durch Verhandlungen hinter den Kulissen sich die Möglichkeit zu verschaffen, das Anwesen um einen nur zur Befriedigung der zwei ersten Hypothekare ausreichenden Kaufpreis zu erwerben (wie dies tatsächlich der Fall gewesen zu sein scheint), war nicht in Rechnung zu nehmen, auch dann nicht, wenn der Bevollmächtigte der Klin. vor dem Versteigerungstermin dem Br. mitgeteilt hat, Klin. werde sich in dem Termin nicht vertreten lassen. Die Klin. trifft daher nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit (vollends nicht der der groben Fahrlässigkeit oder der Arglist) gegenüber dem Bekl., wenn sie es unterließ, ihn von dem Versteigerungstermin in Kenntnis zu setzen; denn sie war zu der Annahme berechtigt, ihre Forderung gegen K. werde aus dem bei der Versteigerung erzielten Erlös Deckung finden, auch wenn weder sie noch Bekl. sich an der Versteigerung beteilige oder dem Termin anwohne.

Hienach hat Klin. durch Unterlassung der mehrerwähnten Benachrichtigung des Bekl. weder den ihr nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Bekl. gegenüber obliegenden Vertragspflichten zuwider gehandelt, noch sich eine un-

erlaubte Handlung i. S. des § 826 oder § 823 B.G.B. zu Schulden kommen lassen.

Urteil des ersten Civilsenats vom 29. November 1901 i. S. Nill g. Schmälzle.

In gleicher Weise hat der zweite Civilsenat am 16. Januar 1902 i. S. Fuchs g. Find entschieden.

6.

Zur Auslegung des § 833 B.G.B. [1]).

Ein bei der klagenden Berufsgenossenschaft versicherter Knecht F. war dadurch verunglückt, daß, als er mit einem Handwagen vor dem Güterbahnhof in Reutlingen stand, die an einem Lastwagen des Bekl. befindlichen Pferde durch das Ausströmen von Dampf aus einer Lokomotive scheu wurden und gegen den Handwagen des F. drängten, so daß dieser durch den Lastwagen eine Quetschung am Bein erlitt. Klin. hat Ersatz der von ihr dem F. gewährten Entschädigung auf Grund des § 833 B.G.B. vom Bekl. verlangt und ist mit diesem Anspruch durchgedrungen. Aus den

Gründen:

Was die Auslegung des Gesetzes anlangt, so konnte der Ansicht der Bekl., daß § 833 eine „gewollte Tätigkeit" des Tieres in dem Sinn, wie die Bekl. dies meint, als Ursache der Verletzung voraussetze, in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Diese Ansicht findet im Gesetz selbst und seiner Entstehung ebensowenig einen Anhalt, wie die in der Literatur vertretene Meinung, daß ein „Verschulden" des Tieres (ein Quasiverschulden, ein vitium desselben) vorliegen müsse [2]), wie dies im früheren, gemeinen Rechte angenommen wurde. Das B.G.B. hat den Standpunkt des früheren Rechts verlassen. Es hat allein den Gesichtspunkt zu Grunde gelegt, daß derjenige, der Tiere hält, das Risiko für die Gefahren, welche durch das Tier für die Allgemeinheit herbei-

1) Vergl. R.G. 50 nr. 37. 49. Crome: System Bd. 2 § 336 I, 1.

2) Vergl. Isay in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 314.

geführt werden, übernehmen muß [1]). Darüber, welcher Art diese Gefahren sein müssen, insbesondere auch darüber, daß die Haftung nur dann eintreten solle, wenn die Gefahr auf einer besonderen vom Tier gewollten oder verschuldeten Tätigkeit beruhe, findet sich in den Vorverhandlungen nirgends etwas ausgesprochen. Daher kann, nachdem der Gesetzgeber den Standpunkt des früheren Rechts ausdrücklich verlassen hat, nicht angenommen werden, daß der Gesichtspunkt des Verschuldens des Tieres, weil er die Grundlage des germanischen und des römischen Rechts gebildet habe, deshalb als der Bestimmung des § 833 immanent betrachtet werden müsse [2]). Der I. Entwurf des B.G.B. wollte unter Aufstellung eines neuen Gesichtspunkts gegenüber dem gemeinen Recht die Haftung ausschließlich auf ein Verschulden des Tierhalters hinsichtlich der Aufsichts- und Verwahrungspflicht stützen, weshalb die Bestimmung in den Titel 25 über unerlaubte Handlungen eingestellt wurde. Die Kommission für die II. Lesung hat diese Voraussetzung bezüglich der Haftung für die Haustiere beibehalten, dagegen hinsichtlich derjenigen Tiere, welche nicht zu den Haustieren gehören, den oben hervorgehobenen Gesichtspunkt angenommen. Diesen Gesichtspunkt hat sodann die Reichstagskommission und das Plenum des Reichstags auf die Haustiere ausgedehnt. Dabei wurde lediglich hervorgehoben, daß es geboten sei, denjenigen, der Luxushunde hält, für die durch diese hervorgerufenen Körperverletzungen haften zu lassen und daß derjenige, der zu gewerblichen Zwecken gefährliche Tiere zu halten gezwungen sei, die damit für andere verbundenen Gefahren übernehmen müsse. In der Debatte des Plenums wurde vorwiegend über die Zweckmäßigkeit der Einführung einer Haftung ohne Verschulden des Tierhalters gesprochen, ohne daß darüber, für welcherlei Gefahren, die seitens der Tiere drohen, gehaftet werden müsse, besondere Bemerkungen gemacht wurden [3]).

1) Vergl. Planck, Com. zu § 833 Note 1; Prot. Bd. II. S. 647.
2) Vergl. Isay a. a. O.
3) Vergl. den Kommissionsbericht bei Mugdan, Materialien II. S.

Die Auslegung hat hienach vom Gesetz selbst auszugehen. Im Gesetz ist aber ausgesprochen, als Voraussetzung der Haftung des Tierhalters, daß *das Tier* die Körperverletzung u. s. w. *verursacht* haben müsse. Hienach muß im einzelnen Fall untersucht werden, ob von einer Verursachung durch das Tier gesprochen werden kann. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Voraussetzung schon dann gegeben ist, wenn die den Schaden verursachende Tätigkeit des Tieres nicht über die Grenze hinausgeht, innerhalb deren das Tier lediglich als Werkzeug in der Hand des Menschen in Betracht kommt, und ob nicht die Bedenken, welche in der Literatur gegen die von diesem strengeren Standpunkt ausgehende Entscheidung [1]) erhoben worden sind [2]), schon nach der Fassung des Gesetzes begründet erscheinen. Jedenfalls ist die gesetzliche Voraussetzung dann gegeben, wenn die Ursache der Verletzung darin liegt, daß die scheu gewordenen Pferde gegen die Lenkung des Fuhrmanns aus der ihnen vorgewiesenen Fahrbahn hinausgegangen sind und eben hiedurch den Unfall verursacht haben. In diesem Fall bildet die Tätigkeit der Tiere die selbständige Ursache der Verletzung, für welche der Tierhalter nach dem Gesetz haftet, gleichviel ob sie eine willkürliche oder, wie seitens der Bekl. betont wird, eine unwillkürliche Handlung deshalb darstellt, weil das scheugewordene Pferd „unwillkürlich" handle. Steht nun aber fest, daß die als nächste *Ursache* in Betracht kommende Tätigkeit des Tieres die Haftbarkeit bedingt, so ist hinsichtlich dieser Haftung unerheblich, ob das Scheuwerden wiederum auf eine entfernter liegende Ursache zurückzuführen ist, wie im vorliegenden Fall dann angenommen werden kann, wenn feststeht, daß das Scheuwerden durch das unerwartete Dampfausströmen aus der Lokomotive verursacht ist. Dies ist auch dann nicht erheblich, wenn die die entferntere Ursache darstellende Tatsache für sich allein die

1301; und die Verh. des Reichstags daselbst S. 1403 ff.

1) In Seuffert Archiv Bd. 56 S. 400, nr. 223.

2) Jurist. Wochenschr. 1901 S. 880.

Haftung einer dritten Person begründen sollte. Das B.G.B. hat auch insoweit den Standpunkt des gemeinen Rechts verlassen, als es die Haftung des Tierhalters nicht dann ausgeschlossen sein läßt, wenn das Verschulden eines dritten oder eine sonstige Ursache, für welche ein dritter zu haften hat (so der Eisenbahnunternehmer nach dem Haftpflichtgesetz), das die nähere Ursache der Verletzung bildende Tun des Tiers veranlaßt. In diesem Fall kann die Gesamthaftung eintreten, welche in § 840 Abs. 3 des B.G.B. für das Verhältnis der Gesamtschuldner unter einander geregelt ist, nicht aber ist die Folge die Entlassung des Tierhalters aus der Haftung[1]).

Mit Unrecht bestreitet nun aber die Bekl. den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Scheuwerden und Beiseitedrängen der Pferde und der Verletzung des F. Unbestritten ist, daß die Pferde der Bekl. infolge Scheuens auf die Seite gedrängt und dadurch ihren Wagen auf den Handwagen des F. zugeschoben haben. Ob in dem „Beiseitedrängen" ein eigentliches „Durchgehen" der Pferde gefunden werden will, ist unerheblich: jedenfalls haben die Pferde, indem sie zur Seite gegangen sind, der Leitung des Fuhrmanns nicht mehr gehorcht. Dies geht unzweifelhaft aus der Aussage des Fuhrmanns B. hervor. Für die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Beiseitedrängen der Pferde und der Verletzung des F. genügt aber der nach der Angabe des F. als erwiesen zu erachtende Tatbestand, wenn auch die nächste Ursache der Verletzung sich nicht mehr mit Sicherheit feststellen läßt.

Hienach steht fest, daß die körperliche Verletzung des F., für deren Folge er Rente aus der Unfallversicherung bezieht, durch die Pferde der Bekl. verursacht worden ist, welche als Tierhalterin für den angerichteten Schaden haftet.

Die Einwendung der Bekl., daß der Unfall durch höhere Gewalt verursacht worden sei, konnte nicht für begründet erachtet werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob

1) Vergl. Planck Com. II. S. 629 zu § 833 Note 2, c, Abs. 2 u. 3 u. S. 640 zu § 840 Note 2

nach der Absicht des Gesetzes die höhere Gewalt die Haftung des Tierhalters nach § 833 ausschließt, nachdem der Gesetzgeber es unterlassen hat, den Ausschluß auszusprechen, wie dies in andern Fällen im Gesetz geschehen ist (vgl. § 701, auch §§ 203 und 1996 des B.G.B., §§ 453, 456 und 458 des H.G.B. und § 1 des Haftpflichtgesetzes), und zwar, wie in der II. Kommission gegenüber dem Antrag auf ausdrücklichen Ausschluß der Haftung im Falle der höheren Gewalt bemerkt wurde, „um die Frage der Einwirkung der höheren Gewalt der Wissenschaft zu überlassen". Denn keinenfalls war im vorliegenden Fall die Ursache des Scheuwerdens der Pferde in einem Ereignis zu suchen, welches als höhere Gewalt angesehen werden kann. Plötzliches Dampfausströmen aus der Lokomotive eines dastehenden Zugs ist ebenso wie ein rasches Anfahren einer Maschine u. dgl. ein Ereignis nicht außergewöhnlicher Art, mit welchem jeder, der mit einem Fuhrwerk auf dem Güterbahnhof verkehrt, rechnen muß und gegen dessen Folgen er sich auch immerhin schützen kann. Solche Vorfälle fallen nicht unter den Begriff der höheren Gewalt.

Ein eigenes Verschulden des F., welches nach § 254 des B.G.Bs. die Haftung der Bekl. aufheben oder mindern könnte, konnte nicht als vorliegend angenommen werden (wie näher ausgeführt wird).

Urteil des ersten Civilsenats vom 17. Januar 1902 i. S. Gustav Werner-Stiftung gegen Süddeutsche Edel- und Unedelmetall-Berufsgenossenschaft.

7.

Unter welchen Voraussetzungen hat ein Staatsbeamter, der auf Lebenszeit mit Pensionsberechtigung ernannt ist, aber seine Stelle nicht angetreten hat, die gesetzlichen Beiträge zur staatlichen Witwen- und Waisenpensionskasse für die Civilstaatsdiener zu entrichten?

Kläger ist nach Erstehung der II. höheren Staatsprüfung im Departement des Innern zum Regierungsreferendär

ernannt, bei verschiedenen Oberämtern als Assistent, zuletzt beim Ministerium des Innern als Sekretariatsgehilfe gegen Taggeld in unständiger Verwendung gewesen. Während dieser letzteren Beschäftigung wurde ihm am 20. September 1898 die Stelle eines II. Beamten („Amtmann") bei dem K. Oberamt H. und damit ein lebenslängliches, zur gesetzlichen Pension berechtigendes Amt übertragen, welches er aber tatsächlich niemals angetreten hat, da er nach dieser Ernennung noch beim Ministerium des Innern in seiner bisherigen Verwendung als Hilfsarbeiter des Sekretariats beschäftigt blieb. Anfangs des Jahres 1899 wurde er vom Kgl. Kriegsministerium als Bewerber um eine bei der Intendantur erledigte Assessorstelle angenommen, und behufs Ablegung einer Probedienstzeit daselbst vom K. Ministerium des Innern aus seinem Civildienst auf 6 Monate beurlaubt, worauf er am 23. Oktober 1899 zum Intendantur-Assessor ernannt worden und hiemit aus dem Civil-Staatsdienst endgültig ausgetreten ist. Es handelte sich nun darum ob der Kl. als zum Amtmann auf Lebenszeit ernannter und darum pensionsberechtigter Staatsbeamter verpflichtet sei, die gesetzlichen Beiträge zur staatlichen Witwen- und Waisen-Pensionskasse für die Civilstaatsdiener zu entrichten. Diese Beiträge bestehen in dem „Eintrittsgeld" und den „Jahresbeiträgen". Nach dem württ. (Civil-)Beamtengesetz vom 28. Juni 1876 Art. 57 Abs. 2 sind als „Eintrittsgelder" zu entrichten „je 1/4 des Gehalts des Beamten bei der ersten Anstellung mit Pensionsberechtigung" und als „Jahresbeiträge" „jährlich 2% des Gehalts". Art. 58 bestimmt sodann „die Verbindlichkeit zu Bezahlung der Eintrittsgelder erwächst mit dem Eintritt in den Genuß eines pensionsberechtigten Gehalts". Art. 10 Abs. 2 sagt: „In Ermangelung besonderer Festsetzungen beginnt der Anspruch auf Gewährung des mit dem Amt verbundenen Einkommens mit dem Tag des Amtsantritts des Beamten."

Der Kl. hat behauptet, er sei, weil er seine Stelle als Amtmann niemals angetreten habe, in den Genuß des mit

dieser Stelle verbundenen pensionsberechtigten Gehalts niemals eingetreten und demnach sei für ihn nach Art. 58 eine Verbindlichkeit zur Bezahlung des Eintrittsgelds — und damit auch der jährlichen Beiträge — nicht erwachsen; während der Bekl. diese Beiträge vom Kl. gefordert hat und die vom Kl. vorläufig, angeblich unter Protest, entrichteten Teile dieser Beiträge, als vom Kl. geschuldete behalten wollte, indem er geltend machte: obwohl eine förmliche Einweisung des Kl. in seinen Amtsgehalt nicht stattgefunden, sei er doch tatsächlich in dessen Genuß insofern eingetreten, als er während seiner, nach der Ernennung zum Amtmann fortdauernden unständigen Verwendung als Sekretariatsgehilfe ein Taggeld bezogen habe, dessen Betrag seit seiner Ernennung zum Amtmann mit Rücksicht auf den mit dieser Stelle verknüpften Gehalt (welchen er wegen des Nichtantritts dieser Stelle, infolge seiner anderweitigen dienstlichen Verwendung, nicht zu beziehen gehabt habe) von früheren 5 auf 6 Mark erhöht, auch, ähnlich dem Amtsgehalt, ihm in monatlichen Raten voraus bezahlt worden sei und welches den Betrag seines Stellengehalts um 160 M. jährlich sogar überstiegen habe.

Die Klage auf Zurückzahlung der vom Kl. entrichteten Teile der genannten Beiträge ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Die württ. Witwen- und Waisenpensionskasse für die Civilstaatsdiener (begründet durch das IX. Organisationsedikt vom 18. November 1817, Art. 11 und 12 — Reg.-Blatt S. 54 Beil. IX. S. 4 — und bestätigt durch die Verfassungsurkunde § 50) ist zwar schon bei ihrer Errichtung mit einem aus Staatsmitteln gebildeten und unter Kontrolle der Oberrechnungskammer abgesondert verwalteten Fonds ausgestattet, war aber von Anfang an (nach dem angeführten Art. 11 c.) und ist noch jetzt (nach Beamtengesetz von 1876 Art. 57) auf die Beiträge ihrer Mitglieder für ihren wirtschaftlichen Bestand wesentlich angewiesen. Diese wirtschaft-

liche Grundlage der Anstalt läßt annehmen, daß die Leistungen der Kasse einerseits und die Beiträge der Mitglieder andererseits im Verhältnis des Austausches von Leistung und Gegenleistung stehen und legt deshalb den Gedanken nahe, daß auch rechtlich die Anwartschaft auf die künftigen Leistungen der Kasse (Sterbenachgehalt und Witwenpension und die Pflicht zur Beitragsleistung als sich gegenseitig bedingend gleichzeitig zur Entstehung gelangen. Da die Anwartschaft auf Sterbenachgehalt nach Art. 54 und Art. 2 des Beamtengesetzes schon gegeben ist durch die (lebenslängliche) Anstellung auf einem mit Pensionsberechtigung verbundenen Amt, ohne Rücksicht auf Verwilligung oder Bezug des mit dem Amt verknüpften Gehalts, also die Mitgliedschaft oder Teilnahme an der Kasse schon hiedurch begründet (der „Eintritt" in die Kasse als hiemit geschehen) erscheint, so würde folgen, daß eben hiemit auch schon die Beitragspflicht (sowohl bezüglich des Eintrittsgelds als der Jahresbeiträge) begründet sei, wonach der Kl. zur Leistung der gesetzlichen Beiträge schon allein durch seine Anstellung als Amtmann vom 20. September 1898 verpflichtet sein würde. Indessen erscheint diese Folgerung keineswegs als eine notwendige, wie denn dieses Verhältnis auch bei den privaten Lebensversicherungs-, Witwen- u. s. w. Kassen und ähnlichen Anstalten wohl die Regel bildet, aber keineswegs ausnahmslos zutrifft; jenem wirtschaftlichen Gesichtspunkt ist nämlich auch dann Rechnung getragen, wenn der Eintritt in die Kasse zwar als die unentbehrliche (und wichtigste), nicht aber als die einzige Voraussetzung der Beitragspflicht gilt, wenn durch ihr Vorhandensein für die Entstehung des Rechts der Kasse auf die Beitragsleistung zwar der Grund gelegt (in diesem Sinn letzteres durch sie „begründet") wird, aber zur Vollendung der Entstehung dieses Rechts (oder zur Befugnis seiner Geltendmachung) noch weitere Tatsachen hinzukommen müssen. In der Tat ist die Beitragsleistung zu der hier fraglichen Kasse schon bei ihrer Errichtung in der Weise bestimmt worden, daß jeder Staatsdiener zur Bildung ihres

Fonds einen Beitrag zu leisten habe „durch Abzug von 1 vom 100 von seinem Gehalt", und dementsprechend ist in der sog. Dienstpragmatik, dem Gesetz über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener vom 28. Juni 1821 § 41 Ziff. 2 bestimmt: „Als jährliche Beiträge zahlen alle Staatsdiener von Besoldungen, Quieszenzgehalten und Pensionen durchaus 2%, welche zurückbehalten werden" und ebenso in der K. Verordnung in betreff der Vollziehung der Dienstpragmatik vom 16. April 1822 (Reg.-Blatt S. 289) § 13 Ziff. 3 Abs. 4 in betreff der Eintrittsgelder angeordnet, daß die Erhebung derselben geschehen solle „mittels Abzugs" in vier Raten an den 4 auf die Verwilligung der Besoldung oder Besoldungserhöhung folgenden Besoldungsterminen. Und da, wenn die Beiträge durch „Abzug am Gehalt" geleistet werden sollen, notwendig ein Gehalt, an welchem abgezogen werden kann, vorhanden sein, d. h. den Beamten nicht bloß eine Anwartschaft auf künftige Reichung eines solchen zustehen, sein Gehalt nicht bloß im Etat „ausgesetzt" und ihm „verwilligt", sondern seine Gehaltsforderung auch fällig und zahlbar sein muß (entsprechend dem allgemeinen civilrechtlichen Grundsatz, daß durch gegenseitige Aufrechnung nur fällige Forderungen getilgt werden können), so bestimmt die angeführte Verordnung in Ziff. 4 Abs. 3 folgerichtig bezüglich der jährlichen Beiträge, daß sie für ein Etatsjahr auf einmal zu entrichten seien und für ihre Berechnung als Normaltag der 31. Dezember jeden Jahres in der Weise bestimmt werde, daß diese Beträge von allen betreffenden Gehalten erhoben werden, welche an dem genannten Tag bei den verschiedenen Kassen des Staats angewiesen sind — und daß nicht in Betracht komme, zu welcher Zeit dieser Gehalt verwilligt worden war, sofern der — regelmäßig mit der Anstellung verknüpften — Aussetzung oder Verwilligung eines Gehalts dessen wirkliche Anweisung (oder die „Einweisung des Angestellten in dessen Genuß oder Bezug") in manchen Fällen erst nachfolgen kann. Dementsprechend hat denn auch das K. Württ. Justizmini-

sterium in einer Note an das K. Finanzministerium vom 21. Mai 1840 in dem Beschwerdefall des nach seiner Ernennung zum Gerichtsaktuar in Göppingen noch ferner bei dem Oberamtsgericht Ludwigsburg als Aktuariatsverweser gegen Taggeld verwendeten Justizreferendärs R. seine Ansicht dahin ausgesprochen, daß, obwohl „die Verbindlichkeit zur Bezahlung des Eintrittsgelds und der jährlichen Beiträge zum Witwenpensionsfonds mit dem Tag seiner Ernennung zum Gerichtsaktuar eingetreten sei, doch die wirkliche Entrichtung jener Schuldigkeiten gemäß der angeführten Verordnung vom 16. April 1822 erst nach der Einweisung gefordert werden könne — demnach vor der Erhebung der Beiträge die geschehene Anweisung des Gehalts vorausgesetzt werde."

Auf demselben Standpunkt steht auch das württ. Beamtengesetz vom 28. Juni 1876 Art. 57 u. ff. In der Begründung zu dem Entwurf dieses Gesetzes ist zu Art. 57 bemerkt: „Der Art. 57 enthält das bestehende Recht; der Art. 58 entspricht dem § 41 Ziff. 1 der Dienstpragmatik. Der Art. 59 steht mit den seitherigen Normen im Einklang". Dieser Auffassung ist von den anderen Faktoren der Gesetzgebung nicht widersprochen, weshalb die Annahme gerechtfertigt ist, daß Art. 58 und 59 im Sinn des bisherigen Rechts auszulegen sind. Dies ist auch — wenigstens bezüglich des Eintrittsgelds — in Art. 58 deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn er bestimmt: „Die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Eintrittsgelder (nämlich: mittels Abzugs am Gehalt) „erwächst" (genauer: ist erwachsen, d. h. vollendet oder reif) „mit dem Eintritt in den Genuß eines pensionsberechtigten Gehalts" — also nicht schon mit dessen Verwilligung oder mit der Ernennung auf das Amt, für welches der pensionsberechtigte Gehalt ausgesetzt ist. — Auch hinsichtlich der Jahresbeiträge bestimmt Art. 59 grundsätzlich dasselbe, wenn er in Abs. 1 besagt, daß dieselben je auf den 31. Dezember eines Jahres aus den jeweiligen pensionsberechtigten Bezügen eines Beamten zu berechnen und (näm-

lich durch Abzug) zu erheben seien.

Auch im Abs. 2 des Art. 59 ist für den Ausnahmefall, daß für eine vor der mit Pensionsberechtigung verbundenen Anstellung (in sogenannter unständiger Verwendung oder auf vierteljährlich kündbarer Stelle) erfolgte Dienstleistung und für die bei Berechnung des Ruhegehalts hiefür einzurechnende Dienstzeit die entsprechende Nachzahlung der Jahresbeiträge zu geschehen hat, als Regel festgehalten, daß diese Beiträge, nicht nach dem verwilligten oder zugeschriebenen, sondern nach dem wirklich bezogenen Einkommen bemessen werden sollen und ist nur für die besonderen Fälle, wo (wie insbesondere bei Einrechnung einer Militärdienstzeit Art. 60) der wirkliche Bezug eines Gehalts für die einzurechnende Dienstzeit überhaupt nicht stattgefunden hat, bestimmt, daß die Bemessung „nach dem ausgesetzten" Gehalt und, wo es auch an einem solchen fehlt, nach dem durch die nachfolgende lebenslängliche (Civil)anstellung erlangten Gehalt (in Wahrheit also aus einem fingierten Gehalt) erfolgen solle.

Hienach kann darüber kein Zweifel sein, daß für die Entrichtung des Eintrittsgelds immer, und für die der Jahresbeiträge im weitgreifenden Umfang der Regel, das wirklich bezogene (selbstverständlich: rechtsmäßig bezogene) Einkommen das Objekt des Abzugs und damit der Bezug eines Gehalts (nicht schon dessen Verwilligung) die tatsächliche Voraussetzung dafür bildet, daß das (durch die lebenslängliche Anstellung an sich begründete) Recht der Staatskasse auf Leistung der Beiträge (auf deren „Abzug") zur vollen Entstehung komme („erwachse").

Nicht alle Bezüge des Beamten aus seinem Amt kommen hiebei in Betracht, sondern nur diejenigen, welche ihm als „Gehalt" (Art. 11 Ziff. 1) verliehen oder solche Zulagen und Nebenbezüge, welche durch Gesetz oder Verabschiedung dem Gehalt ausdrücklich gleichgestellt sind (Art. 11 Abs. 2); nur diese sind bei Bemessung des Ruhegehalts des Beamten der Berechnung zu Grund zu legen; nur diese sind „pen-

ſionsberechtigt", weshalb Art. 58 von dem Genuß eines „penſionsberechtigten Gehalts" ſpricht; bloße Taggelder fallen zweifellos hierunter nicht (Art. 11 Ziff. 1—3 vgl. mit Art. 53 Abſ. 2 des Beamtengeſetzes).

Schon die Ernennung auf das Amt gibt dem Beamten die Anwartſchaft auf den für das Amt ausgeſetzten Gehalt, welcher ihm regelmäßig auch mit der Anſtellung verwilligt (zugeſagt) wird; aber die wirkliche Reichung des Gehalts ſoll regelmäßig — von beſonderen Feſtſetzungen abgeſehen — (Art. 10 Abſ. 2) erſt mit dem Amtsantritt erfolgen und ſetzt die von der zuſtändigen Behörde ausgegangene Ermächtigung der betreffenden Staatskaſſe zur Auszahlung und diejenige des Beamten zur Erhebung desſelben (die „Anweiſung" des Gehalts oder die „Einweiſung" in ihn) voraus; eine beſondere Förmlichkeit iſt für ſie nicht vorgeſchrieben.

Dieſen Unterſchied zwiſchen bloß ausgeſetztem oder verwilligtem und dem „angewieſenen" Gehalt hat Art. 58 des Beamtengeſetzes zweifellos im Auge, und wenn er das Erwachſen der Beitragsverbindlichkeit an „den Eintritt in den Genuß des penſionsberechtigten Gehalts" knüpft, ſetzt er hiemit die Anweiſung des Gehalts zweifellos als geſchehen voraus.

Nun ſteht nach der Note des Staatsminiſters des Innern an das K. Finanzminiſterium vom 16. Januar 1900 feſt, „daß eine Einſetzung des Klägers in ſeinen Amtsgehalt von 1890 M. niemals erfolgt iſt" und ſcheint hienach, gemäß dem angeführten Art. 58 die Beitragspflicht des Kl. — zunächſt zur Entrichtung des Eintrittsgelds, damit aber folgerichtig auch zu Leiſtung der Jahresbeiträge — nicht „erwachſen", die betreffende Anforderung der Staatskaſſe und damit die Widerklageforderung unbegründet und der Anſpruch des Kl. auf Rückzahlung des zu Unrecht bezw. unter Vorbehalt Bezahlten gerechtfertigt zu ſein.

Allein es kommt weiter folgendes in Betracht:

Nachdem der Kl. bald nach ſeiner Ernennung zum Amtmann „mündlich um Einweiſung in ſeinen Amtsgehalt gebeten", und hierauf den Beſcheid erhalten hatte, daß und

warum dieser Bitte zur Zeit noch nicht entsprochen werden könne, wurde ihm durch Ministerialerlaß vom 10. November 1898 eröffnet, „daß sein Taggeld mit Wirkung vom 1. November 1898 von 5 auf 6 M. erhöht und die Ministerialkasse angewiesen worden sei, ihn in dieses erhöhte Taggeld einzusetzen" und während sonst — nach allgemeiner Vorschrift und Uebung — Taggelder erst nach Ablauf jedes Monats ausbezahlt werden und bisher auch dem Kl. seine Taggelder in dieser Weise ausbezahlt worden waren, ist ihm je dieses erhöhte Taggeld ab 1. Dezember 1898 monatlich im voraus ausbezahlt worden — entsprechend der in der Aeußerung des Regierungsdirektors von N. vom 21. September 1900 und in dem Erlaß des Min. d. Innern an die Kgl. Oberrechnungskammer vom 1. Mai 1900 als im Departement des Innern längst bestehend bezeugten Uebung, wonach den auf längere Zeit zur Dienstleistung bei anderen Dienststellen berufenen Beamten (insbesondere den als Kollegial- oder Kanzleihilfsarbeitern einberufenen Amtmännern), „auch wenn sie vorher in ihren Amtsgehalt noch nicht eingesetzt waren "„an Stelle ihrer Gehalte entsprechende Taggelder angewiesen" und diese Taggelder (abweichend von den sonst für unständige Verrichtungen gewährten Taggeldern) den Gehalten entsprechend, monatlich im voraus ausbezahlt werden. Diese Anordnung hat denn auch — nach der ausdrücklichen Erklärung des Ministers des Innern in dem angeführten Erlaß an die Oberrechnungskammer wie in der erwähnten Note an das K. Finanzministerium — „bezweckt, dem T. den Genuß seines Amtmannsgehalts von 1890 M. und der jeweils bewilligten Mietzinsentschädigung von 140 M. nicht länger vorzuenthalten"; wenn in der erwähnten Note dies in der Weise ausgedrückt ist: „damit T. infolge des Umstands, daß er auf dem Sekretariat des Min. d. Inn. zu verbleiben hatte, pekuniär nicht schlechter gestellt sei, als wenn er seine Amtmannsstelle in H. angetreten hätte, wurde demselben aus Billigkeitsgründen am 10. November 1898 mit Wirkung vom 1. November 1898 das Taggeld von 5

auf 6 M. erhöht", so ist nach dem Angeführten klar, daß aus den Worten: „aus Billigkeitsgründen" in keiner Weise mit dem Kl. abgeleitet werden kann, daß die Bewilligung der erwähnten Taggelderhöhung nur eine auf diskretionärem Ermessen beruhende („billige") Entschädigung, eine Gnadenbewilligung war, vielmehr zeigt der Zusammenhang, daß mit diesen Worten der Zweck, dem T. dasjenige, was er als seinen Amtsgehalt zu fordern gehabt hätte, zu gewähren, somit als Erfüllung einer Rechtspflicht zu leisten, ungenau bezeichnet worden, die Gewährung des erhöhten und vorauszahlbaren Taggelds also eine die Stelle des ordentlichen Gehalts vertretende Leistung gewesen sei, zumal der angeführten Aeußerung unmittelbar nachher die Erklärung des Ministeriums folgt, „daß in dem auf 6 M. gleich 2190 M. jährlich erhöhten Taggeld des T. dessen Amtsgehalt (von 1890 plus 140 = 1930 M.) inbegriffen zu erachten sei".

Darüber daß diese Erhöhung und Vorausbezahlung die angeführte Bestimmung habe, seinen Amtsgehalt zu vertreten, konnte auch der Kl. nicht im Zweifel sein. Selbst wenn nicht zutreffen sollte, was übrigens höchst wahrscheinlich ist, daß er anläßlich der Eröffnung des Ministerialerlasses vom 10. November 1898 über dessen Motive durch mündliche Mitteilung des mit der Eröffnuug betrauten Beamten oder des Kanzleidirektors v. N. nicht im unklaren gelassen worden ist, so konnte er dies schon daraus entnehmen, daß die Anordnung der Erhöhung seines Taggelds der Abweisung seines Antrags auf Einweisung in seinen Amtsgehalt unmittelbar nachgefolgt ist, zumal angesichts seiner seit dem Jahr 1893 erfolgten Beschäftigung im Dienst des Departement des Innern davon ausgegangen werden kann, daß ihm die obenerwähnte Uebung bekannt war; es ist deshalb mit Sicherheit anzunehmen, daß Kl. die erhöhten Taggelder mit dem Bewußtsein bezogen hat, daß er hiemit — wenn auch nicht seinen Amtsgehalt, aber doch — ein vollwertiges Aequivalent desselben beziehe. Damit ist er aber

„in den Genuß seines pensionsberechtigten Gehalts" im Sinne des Art. 58 B.G. eingetreten; er ist nicht in seinen pensionsberechtigten Amtsgehalt eingewiesen, aber er ist eingetreten in den Genuß eines solchen Bezugs, welcher bestimmt war, seinen pensionsberechtigten Amtsgehalt zu vertreten und welcher als solcher — soweit er diese Funktion hatte — im Fall des Art. 30 des Beamtengesetzes nach Art. 47 Abs. 1 desselben der Berechnung seines Ruhegehalts zu Grund zu legen gewesen, also „pensionsberechtigt" gewesen wäre.

Ob die Gewährung eines derartigen Gehalts, welcher, obwohl in der Form von Taggeldern ausbezahlt, als Surrogat des ordentlichen Amtsgehalts verwilligt wird, dem Bezug des ordentlichen Amtsgehalts in jeder rechtlichen Beziehung gleichzuachten sei, ist hier nicht zu entscheiden; jedenfalls aber ist diese Gleichstellung als im Sinn des hier in Frage stehenden Art. 58 gelegen zu erachten, welcher schon in seinem Wortlaut den Nachdruck legt auf den Genuß eines (regelmäßigen, also der Pensionsberechtigung zu Grunde zu legenden) Gehalts, — und der seinem Sinn nach dahin ergänzt werden kann: oder eines Bezugs, welcher einen derartigen Gehalt zu vertreten bestimmt ist.

Daß die nach strengem Recht schon durch den Eintritt in die Kasse (die lebenslängliche Anstellung) an sich begründete Pflicht zur Beitragsleistung gemäß dem angeführten Art. 58 erst „erwächst", (sich vollendet) mit dem Genuß des mit dem lebenslänglichen Amt verbundenen Gehalts, beruht, wie gezeigt, auf der Erwägung, daß die geschuldeten Beiträge dem Beamten von seinem Gehalt abgezogen und zurückbehalten werden sollen, damit er nicht nötig habe, sie auch schon vor dem Bezug des ihm verwilligten aber nach Art. 10 Abs. 2 noch nicht angewiesenen und ausbezahlten Gehalts aus seiner Tasche zu leisten, also auf einer Rücksicht der Billigkeit; diese Billigkeitserwägung aber entbehrt ihrer tatsächlichen Grundlage in einem Fall wie dem vorliegenden völlig, wo der Beamte, der Nichteinweisung in seinen Stellengehalt unerachtet, im regelmäßigen Genuß eines

Gehaltssurrogats steht, welches den vorgeschriebenen Abzügen ebensogut wie der Stellengehalt selbst unterworfen werden kann; es wäre in hohem Grad unbillig, wenn der Kl. welcher tatsächlich dasselbe bezog wie die in ihren Amtsgehalt eingewiesenen Amtmänner und sogar mehr bezogen hat, als er im Fall seiner Einweisung in seinen Amtsgehalt zu beziehen gehabt hätte, gleichwohl von der Beitragspflicht, welcher alle seine Amtsgenossen unterworfen waren, freigelassen worden wäre — ein derart unbilliges Verhältnis kann vom Gesetze nicht gewollt sein.

Daß aber die Staatsverwaltung nicht befugt sei, an die Stelle des verwilligten aber nicht angewiesenen Amtsgehalts das hier fragliche Surrogat, so wie es dem Kl. gegenüber angeordnet worden ist, treten zu lassen, hat der Kl. selbst nicht behauptet, auch hiegegen seinerzeit sich nicht beschwert, es ist deshalb diese Frage hier nicht zu erörtern. Keinesfalls kann mit dem Kl. als selbstverständliches Erfordernis der Rechtsgültigkeit einer solchen Surrogierung das angenommen werden, daß dem betreffenden Beamten davon, daß der ihm in Taggeldsform angewiesene Gehalt an Stelle des Amtsgehalts zu treten bestimmt sei, auch amtliche Eröffnung gemacht sein müsse; daß der Kl. hier auch ohne ausdrückliche Eröffnung über jene Bestimmung des erhöhten Taggelds nicht im Zweifel sein konnte, ist oben gezeigt, es kann aber hievon abgesehen werden; für die Anwendung des Art. 58, nämlich für die Annahme, daß der Beamte „in dem Genuß seines pensionsberechtigten Gehalts" oder eines diesen zu ersetzen bestimmten Bezugs eingetreten sei, ist es offenbar genügend, daß dem fraglichen Bezug jene Bestimmung (infolge Anordnung der hiefür zuständigen Behörde) objektiv innewohnt, auch wenn der Beamte von dieser Bestimmung seines Bezugs Kenntnis nicht erlangt haben sollte; aus dem Mangel einer hierauf sich erstreckenden amtlichen Eröffnung ableiten zu wollen, daß hienach „ein Genuß eintritt" nicht vorliege, würde eine allzu formale Gesetzesauslegung sein, welche einem Verwaltungsgesetz gegen-

über am wenigsten angebracht erscheint.

Urteil des I. Civilsenats vom 28. Februar 1902 i. S. Tafel gegen Fiskus.

8.

Kann die Ungültigkeit eines Testaments und ein Pflichtteilsanspruch nur allen Testamentserben gegenüber einheitlich festgestellt werden?

Die vorstehende Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

Wenn der Vertreter der Klin. F. B. in zweiter Instanz die Auffassung bekundet hat, daß es sich im gegenwärtigen Rechtsstreit um ein sowohl sämtlichen in erster Instanz aufgetretenen Klägern als allen in der Klage genannten Beklagten gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis handle und daß daher die säumigen Streitteile auf jeder Seite als durch die nichtsäumigen vertreten anzusehen seien (C.P.O. § 62), so erscheint dies nicht zutreffend. Da ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft im Sinn der früher sog. exceptio plurium litis consortium zweifellos nicht vorliegt und auch von einer solchen rein prozeßrechtlichen Streitgenossenschaft, bei der die Prozeßführung eines Streitgenossen mit Wirkung für die anderen ausgestattet ist, keine Rede sein kann, so fragt sich nur, ob nicht im bürgerlichen Recht Bestimmungen bestehen, wonach ein zwischen je einem Teil der gesetzlichen Erben und der Testamentserben ergangenes rechtskräftiges Urteil über Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments unmittelbar für und gegen die übrigen gesetzlichen und Testaments-Erben wirksam ist bezw. ein den Pflichtteilsanspruch eines Erben gegen einzelne Testamentserben betreffendes Urteil nach eingetretener Rechtskraft unmittelbar für nnd gegen die anderen Testamentserben wirkt. Allein im B.G.B., dessen Vorschriften, da der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, hieher maß-

gebend sind, ist eine Bestimmung, daß die Rechtskraftwirkung eines die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments betreffenden Urteils sich über die Parteien hinaus erstrecke, nicht enthalten[1]). Was aber den Pflichtteilsanspruch anlangt, so ist die Pflichtteilslast nach dem B.G.B. eine Nachlaßschuld, für welche die Erben gemäß § 2058 als Gesamtschuldner haften; nach B.G.B. § 425 Abs. 2 wirkt jedoch ein rechtskräftiges Urteil nur für und gegen die Person des beklagten Gesamtschuldners.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 19. Dezember 1901 i. S. Becker g. Rapp.

9.

Inwiefern ist nach Scheidung der Ehe für den Anspruch eines Elternteils gegen den andern auf (zeitweise) Ueberlassung eines Kindes der Rechtsweg zulässig?

Die Ehe der Parteien ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts St. vom 1. April 1899 wegen Quasidesertion seitens des beklagten Ehemanns geschieden. Schon am 30. Dezember 1897 hatten die — bereits damals in tatsächlicher Trennung von einander lebenden — Eheleute einen Vertrag geschlossen, wonach das gemeinschaftliche, 1894 geborene Kind H. dem Ehemann dauernd überlassen wurde, die Ehefrau aber das Recht haben sollte, das Kind alle 14 Tage — je am zweiten Sonntag — von 11 bis 7 Uhr und während der Sommerferien drei Wochen bei sich zu haben.

Am 8. Mai 1900 hat Klin. beim Amtsgericht St. als Vormundschaftsgericht beantragt, das Amtsgericht möge wegen veränderter Umstände die in dem Vertrag vom 20. Dezember 1897 getroffene Anordnung aufheben und das Kind seiner Mutter zur Erziehung überlassen, in zweiter Linie aber den

1) Vergl. auch Gaupp-Stein, Komm. zur C.P.O., 4. Aufl. Bem. II 1a zu § 62; Buchka, B.G.B. und gemeines Recht. 2. Aufl. S. 55 ff.

jetzigen Bekl. bei Strafe verpflichten, das Kind jeden Sonntag vorm. 11 Uhr ihr in ihre Wohnung zu schicken. Mit Beschluß vom 31. Mai 1900 hat das Amtsgericht den ersten Antrag abgelehnt, dagegen dem zweiten Antrag „jedoch nur entsprechend dem getroffenen Abkommen und nicht unter Strafandrohung, wozu das Vormundschaftsgericht nicht befugt" sei, dahin Folge gegeben, daß es dem Bekl. aufgab, „in Erfüllung des am 30. Dezember 1897" mit der Antragstellerin „getroffenen Abkommens zu gestatten, daß sie für die Regel an jedem zweiten Sonntag das Kind abholen dürfe mit der Verpflichtung, es spätestens abends 7 Uhr zurückzubringen".

Im Oktober 1901 hat Klin. gegen den Bekl. Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, sie sei berechtigt, während der Sommerferien das Kind 3 Wochen zu sich zu nehmen und es während der übrigen Zeit des Jahrs jeden zweiten Sonntag vorm. 11 Uhr beim Beklagten abholen zu lassen, um es spätestens abends 7 Uhr wieder zurückzubringen; Bekl. sei bei Strafe schuldig, zu den angegebenen Zeiten das Kind ihr oder einem Bevollmächtigten von ihr herauszugeben.

Zur Begründung der Klage ließ sie vortragen: Bekl. verweigere die Befolgung der amtsgerichtlichen Anordnung und es sei daher, da sich das Amtsgericht zur Verhängung einer Strafe nicht für befugt erachtet habe, Klage geboten. Die Vereinbarung vom 30. Dezember 1897 sei noch unter dem früheren Recht eingegangen worden, nach welchem der Klin. die Sorge für das Kind zugefallen wäre.

Bekl. hat unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs vorgeschützt mit der Begründung: Klin. verlange eine Regelung des Verkehrs zwischen ihr und ihrem Kind, für dessen Person ihr die Sorge nicht zustehe; diese Regelung habe aber durch das Vormundschaftsgericht zu erfolgen und sei durch dieses erfolgt.

Das Berufungsgericht hat die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen aus folgenden

Gründen:

Das Urteil der Civilkammer beruht auf der Auffassung: die zu entscheidende Frage sei, ob zur zwangsweisen Vollstreckung einer vom Vormundschaftsgericht im Sinn des § 1636 B.G.B. getroffenen Regelung des persönlichen Verkehrs eines Elternteils mit einem Kind die ordentlichen Gerichte zuständig seien (was das Urteil sodann verneint).

Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Die Klage ist nicht gerichtet auf Vollstreckbarerklärung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 31. Mai 1900; der Klagantrag enthält keine Erwähnung dieses Beschlusses und deckt sich auch nicht mit dessen Inhalt; denn die Klage verlangt u. a. Feststellung des Rechts der Klin., das Kind während der Sommerferien drei Wochen zu sich zu nehmen, und hierüber hat sich das Amtsgericht nicht ausgesprochen und hatte es keinen Anlaß, sich auszusprechen. Die amtsgerichtliche Anordnung ist von der Klage nur insofern angeführt, als sie den Anlaß zur Betretung des Prozeßwegs gegeben hat, weil nämlich das Vormundschaftsgericht sich zur Anwendung von Zwangsmitteln zwecks Durchführung seiner Anordnung nicht für befugt erklärt habe; die Klage verlangt aber nicht einen richterlichen Ausspruch dahin, daß die vormundschaftsgerichtliche Anordnung des Amtsgerichts im Weg der Zwangsvollstreckung durchzuführen sei, sondern sie verlangt ein von dieser Anordnung ganz unabhängiges richterliches Urteil, das als solches des Zwangsvollstreckung fähig ist.

Klin. stützt — wie sie im Berufungsverfahren ausdrücklich erklärt hat — den erhobenen Anspruch in erster Linie auf den Vertrag der Parteien vom 30. Dezember 1897; hievon geht auch der Bekl. nach dem Inhalt seiner Berufungsbeantwortung aus. Klin. verlangt also nicht Regelung des Verkehrs zwischen ihr und dem Kind gemäß § 1636 Satz 2 B.G.B. vgl. mit Art. 206 E.G. zum B.G.B., sondern sie verlangt vom Bekl. Erfüllung des erwähnten Vertrags. Für eine solche Klage auf Vertragserfüllung ist aber auch nach dem Recht des B.G.B. der Prozeßweg (der Rechtsweg im

Gegensatz zum Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit) gegeben [1]). Ob der in Rede stehende Vertrag rechtswirksam ist, berührt die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht; das zu entscheiden, ist vielmehr Sache der materiellen Würdigung.

Auch soweit die Klage auf die der Klin. kraft Gesetzes bezüglich der Fürsorge für das Kind und dessen Erziehung zustehenden Rechte gestützt werden will, ist die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht zu beanstanden: darüber, welche Rechte einem Elternteil gegenüber dem andern betreffs eines Kinds zustehen, hat das Vormundschaftsgericht nicht zu entscheiden, das nur die Interessen und Rechte des Kinds zu wahren hat.

Die Anordnung des Amtsgerichts als Vormundschaftsgerichts vom 31. Mai 1900 steht der Zulässigkeit des Rechtswegs für die erhobene Klage nicht entgegen. Wollte man annehmen, durch diese Anordnung sei endgültig festgestellt, in welchem Umfang die Klin. den persönlichen Verkehr mit dem Kind verlangen könne, so wäre die Klage als unbegründet (also durch sachliche Entscheidung) abzuweisen, weil über den erhobenen Anspruch bereits entschieden sei, nicht aber wäre die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs begründet d. h. die Einrede, für den erhobenen Anspruch sei nicht der Prozeßweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, sondern er falle in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (bezw. der Verwaltung oder Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Uebrigens steht die erwähnte vormundschaftsrichterliche Anordnung der erhobenen Klage überhaupt nicht im Weg: das Vormundschaftsgericht konnte (wie oben bemerkt) und wollte auch wohl keine Entscheidung darüber treffen, welche Rechte der Klin. gegen den Bekl. bezüglich des gemeinschaftlichen Kinds zustehen; seine Anordnung stützt sich nach ihrem Inhalt auf § 1636 B.G.B.; eine solche Anordnung kommt aber nur in Frage, soweit der Verkehr des geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kinds nicht zu-

1) Vergl. Rechtspr. des Oberl.Ger. Bd. 2 nr. 178 b; 3 nr. 108 c; Seuffert Bd. 56 nr. 253 S. 454 Abs. 2 a. E.

ſteht, nicht durch Vertrag der Eltern geregelt iſt (und etwa ſoweit die vertragsmäßige Regelung den Intereſſen des Kinds zuwiderläuft). Jene Anordnung — die dem in zweiter Linie geſtellten Antrag der Klägerin an das Vormundſchaftsgericht entſprochen hat — kann daher die Klin. nicht hindern, ihre vertragsmäßigen Rechte bezüglich des Verkehrs mit dem Kind im Weg der Klage gegen den Bekl. geltend zu machen, um dadurch eine im Weg der Zwangsvollſtreckung durchführbare endgültige gerichtliche Entſcheidung zu erwirken.

Urteil des I. Civilſenats vom 7. März 1902 i. S. Treutter g. Treutter.

Die Reviſion gegen dieſes Urteil iſt zurückgewieſen worden.

10.

Zur Auslegung des Art. 161 Abſ. 3 E.G. zum G.V.G.

G. S. war ſeit 1847 verſchollen. 1897 wurden deſſen mutmaßliche Erben in den Beſitz und Genuß ſeines Vermögens vorläufig eingewieſen; im Lauf des Jahrs 1900 wurde S. auf einen nach dem 1. Januar 1900 geſtellten Antrag für tot erklärt. Die Parteien ſtritten nun darüber, ob das Vermögen des S. nach den erbrechtlichen Grundſätzen des B.G.B. zu verteilen ſei, in welchem Fall Kl. mit zur Erbſchaft berufen wäre, oder nach den Grundſätzen des bis 1. Januar 1900 geltenden württ. Rechts, wonach Kl. nicht mit zur Erbſchaft berufen wäre. Es wurde entſchieden, die Beſtimmungen des B.G.B. ſeien anzuwenden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Durch die gerichtliche Todeserklärung ſoll den Nachteilen der beſtehenden Ungewißheit über Leben oder Tod einer abweſenden Perſon abgeholfen und die Ordnung der Rechtsverhältniſſe des Verſchollenen und der in Beziehung zu ihm ſtehenden dritten Perſonen angebahnt werden, wobei es der Natur der Sache, wie dem bezeichneten Zweck, entſpricht, daß das betreffende Ausſchlußurteil in geſetzlich beſtimmter Weiſe und Ausdehnung dem wirklichen (erwieſenen)

Tod des Verschollenen gleichgestellt und als Voraussetzung für den Eintritt der rechtlichen Folgen anerkannt wird, welche die Rechtsordnung an das Lebensende einer Person hinsichtlich ihrer verschiedenen rechtlichen Beziehungen knüpft. Wird sonach durch die Todeserklärung im wesentlichen der Erfolg erreicht, daß nach Maßgabe der in dieser Beziehung geltenden gesetzlichen Vorschriften die rechtlichen Folgen des wirklichen Todes eintreten, so ist es begründet, begrifflich zwischen den die bezeichnete allgemeine Wirkung der Todeserklärung betreffenden Bestimmungen und den als indirekte Folge der Todeserklärung sich darstellenden Aenderungen der Rechtsverhältnisse nach Maßgabe der betreffenden Rechtsordnung zu unterscheiden. Hiebei muß anerkannt werden, daß aus dem Begriff der Todeserklärung sich für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse selbst nichts ergibt, und daß zwischen den der Todeserklärung selbst zukommenden Wirkungen und den genannten entfernteren Folgen derselben kein wesentlicher Zusammenhang besteht, welcher es notwendig machen würde, daß beide denselben Gesetzen unterworfen werden.

Als eine der Todeserklärung eigentümliche Wirkung ist es insbesondere zu bezeichnen, wenn das Gesetz an das auf Grund des Aufgebotsverfahrens ergehende Ausschlußurteil die rechtliche Vermutung des Todes des Verschollenen knüpft und diese Vermutung in gleicher Weise wie den erwiesenen Tod als Rechtsgrund für den Eintritt des Erben in das Vermögen des Verschollenen (wenn auch unbeschadet der Rechte des letzteren im Fall seines Fortlebens) anerkannt, oder wenn, wie dies beispielsweise von dem B.G.B. auf dem Gebiet der Familienrechte mehrfach geschehen ist, dem Ausschlußurteil schlechthin oder beim Hinzutritt weiterer Voraussetzungen (vgl. § 1348 das.) die Bedeutung der gesetzlichen Beendigung von Rechtsverhältnissen des Verschollenen beigelegt wird. Diese Wirkungen äußern sich in verschiedener Weise, je nachdem für den Zeitpunkt des vermuteten Todes der Tag der verkündigten Todeserklärung oder

ein früherer, nach gesetzlicher Regel sich bestimmender Tag gilt (konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Todeserklärung), und je nach der vorgeschriebenen Berechnungsweise, nach der im letzteren Fall die Bestimmung zu erfolgen hat. Die Todesvermutung kann endlich, was ihren näheren Inhalt betrifft, entweder dahin gehen, daß der Verschollene an dem festgestellten Todestag gestorben sei, also auch die Annahme, daß er bis zu diesem Tag gelebt habe, in sich schließen, oder sie kann sich darauf beschränken, daß er den festgestellten Tag nicht überlebt habe, womit sich eine besondere, in den verschiedenen Rechtssystemen verschieden gestaltete Lebensvermutung für die Zeit vor der Todeserklärung zu verbinden pflegt. Ist der Todeserklärung eine vorläufige Einweisung von mutmaßlichen Erben in den Besitz und Genuß des Vermögens des Verschollenen vorhergegangen, so tritt auf Grund des Ausschlußurteils eine endgültige (wenn auch den Rechten des Verschollenen selbst nicht präjudizierende) Regelung der Erbfolge ein, für welche entweder der Zeitpunkt der vorausgegangenen vorläufigen Verfügung oder, wie dies bei der Mehrzahl der Landesrechte zutrifft, der Zeitpunkt des anzunehmenden Todestags maßgebend sein kann. Fällt der mutmaßliche Todestag, wie im vorliegenden Fall, wo nach dem für die Todeserklärung in Anwendung kommenden württ. Recht der Zeitpunkt des vollendeten 70ten Lebensjahrs des Verschollenen (23. Januar 1900) entscheidend ist, in die Zeit nach dem Inkrafttreten des B.G.B., so muß im Zweifel aus den Uebergangsbestimmungen des Art. 213 f. des Einführungsgesetzes, welche nach der durch die Motive bestätigten Absicht des Gesetzgebers auch im Fall des in Gemäßheit des § 18 des B.G.B. *vermuteten* Todes des Erblassers Platz greifen, gefolgert werden, daß die erbrechtlichen Verhältnisse nach den Bestimmungen des neuen Rechts zu regeln sind. Zu demselben Ergebnis führt die Erwägung, daß nach dem anzuwendenden württ. Recht die endgültige Beerbung des Verschollenen sich nach dem Zeitpunkt des mutmaßlichen Todestags richtet und daß demgemäß die Ansprüche der Erben

im Zweifel nicht bloß nach den in diesem Zeitpunkt bestehenden tatsächlichen Verhältnissen, sondern auch nach den in diesem Zeitpunkt geltenden Gesetzen beurteilt werden müssen.

Die Gesamtheit der angeführten allgemeinen Wirkungen ist es, was das B.G.B. in seine einschlägigen Bestimmungen (§ 18 f.) aus der Todeserklärung (als durch sie „begründet") hervorgehen läßt, und was zahlreiche Kommentatoren und Lehrbücher des neuen Rechts unter der Bezeichnung als „Wirkungen der Todeserklärung" behandeln. Diesen eigenartigen Wirkungen *der Todeserklärung* stehen die an dieselben sich knüpfenden Aenderungen der Rechtsverhältnisse der Beteiligten als *Wirkungen des vermuteten Todes* des Verschollenen gegenüber; so stellt sich insbesondere, was die Beerbung des Verschollenen betrifft, die Gestaltung der Nachfolge in das Vermögen desselben als die durch erbrechtliche Bestimmungen geregelte Wirkung der Rechtsvermutung dar, daß der Verschollene in dem festgestellten Zeitpunkt gestorben sei.

Die Annahme, daß unter den in Art. 161 Abs. 3 des Einführ.-Ges. genannten Wirkungen der Todeserklärung nicht bloß die oben bezeichneten allgemeinen Wirkungen verstanden sein, sondern auch die eintretenden Aenderungen der vermögensrechtlichen Verhältnisse (in Betreff der Familienrechte vgl. die besondere Bestimmung in Abs. 3 Satz 2 daselbst), insbesondere die Ansprüche der Erben in Beziehung auf die Nachfolge in das Vermögen des Verschollenen, den früheren Gesetzen haben unterworfen werden wollen, ist nach dem Dargelegten sachlich nicht begründet und durch den Wortlaut des Gesetzes nicht geboten. Gegen eine solche Auslegung spricht noch besonders die Erwägung, daß eine Vorschrift dieses Inhalts in die allgemeine Bestimmung des Art. 213 ff. des Einf.-Ges. über den Anwendungsbereich des neuen Rechts in Beziehung auf die erbrechtlichen Verhältnisse in auffallender Weise eingreifen würde. Dieselbe würde auch mit der schon erwähnten Folgerung aus dem Grundsatz des anzuwendenden Landesrechts, daß die endgültige Erbfolge sich

nach dem Zeitpunkt des vermuteten Todes des Verschollenen zu richten habe, gegebenenfalls in kaum zu lösendem Widerspruch sich befinden. Die bezeichnete Auslegung kann aber auch durch den Inhalt der Motive zu dem Gesetzesentwurf, auf welchen die Berufungskläger sich vorzugsweise stützen, nicht gerechtfertigt werden.

In dieser Hinsicht ist zunächst hervorzuheben, daß in Art. 158 des Einführ.-Ges., in dem zum erstenmal von den Wirkungen der Todeserklärung die Rede ist, die bisherigen Gesetze für diese Wirkungen in Beziehung auf *vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgte Todeserklärungen* als maßgebend erklärt sind, bei welchen eine Regelung des Erbgangs in Absicht auf das Vermögen des Verschollenen regelmäßig gar nicht mehr in Frage kommt, weil sie vor dem 1. Januar 1900 bereits stattgefunden hat. Die Motive zu dem entsprechenden Art. 92 Satz 1 des Entwurfs (I) erläutern denn auch die bezeichnete Bestimmung durchaus im Sinn der Anwendung der bisherigen Gesetze in Betreff der fortdauernden allgemeinen Wirkungen der Todeserklärung (konstitutive oder deklaratorische Natur des ergangenen Spruchs, Inhalt der gesetzlichen Todesvermutung, Beschränkung der Todesvermutung auf das Gebiet der Vermögensrechte bezw. Erstreckung derselben auf die persönlichen und Familienrechte), und führen in Beziehung auf die „Beerbung des für tot Erklärten", die „sich nach dem gleichen Recht richte", aus, daß wo dieses Recht dem zur Nachfolge berufenen Erben die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für den Fall der Rückkehr des Verschollenen auflege, diese Verpflichtung ebenso wie der eventuelle Anspruch des für tot Erklärten auf Herausgabe seines Vermögens bestehen bleibe[1]).

Von diesem Inhalt der Motive aus fällt auch das richtige Licht auf die Ausführungen derselben, welche sich mit dem Fall einer *nach dem Inkrafttreten des Bürgerl. Gesetzbuchs ergehenden Todeserklärung* (oder

1) Vergl. Mugdan, Materialien zum B.G.B. Bd. 1 S. 68 f.

endgiltigen Einweisung), der eine vorläufige Einweisung bezw. eine Verschollenheitserklärung vorausgegangen ist, beschäftigen. Die Motive sagen hier[1]), daß die durch die vorläufige Einweisung „geschaffene Rechtslage keine Aenderung erleiden" solle, daß auch die spätere Todeserklärung „nach Maßgabe des bisherigen Rechts — vorbehältlich der Anwendung des Art. 92 Satz 2 des Entwurfs" (jetzt Art. 159 und 160 des Einführ.-Ges.) — ausgesprochen werden solle. Das nach den bestehenden Gesetzen in verschiedene Abschnitte zerfallende, mit der Todeserklärung endigende Abwesenheitsverfahren bilde ein in sich zusammenhängendes Ganzes, welches nicht getrennt und verschiedenen Gesetzen unterstellt werden dürfe. Hiebei wird ausdrücklich erwähnt, daß nach der neueren Rechtsentwickelung die Erbberechtigung sich in der Regel nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Todesvermutung (successio ex nunc) bestimme, daß aber nach einzelnen Gesetzen dem vorläufig Eingewiesenen das Vermögen verbleibe, (successio ex tunc), und wird fortgefahren: daß der aufgestellte Gesichtspunkt (nämlich der notwendige Zusammenhang des Verfahrens einschließlich der Wirkungen der ergehenden Entscheidung) richtig sei und daß er zur Wahrnehmung rechtlich geschützter Aussichten festgehalten werden müsse, zeige sich unleugbar in den Fällen, in welchen die Gesetze beim Eintritt der Todeserklärung die successio ex tunc eintreten lassen; aber auch da, wo die Todeserklärung nur eine successio ex nunc zur Folge habe, würde eine Regelung, welche auf die nach dem früheren Recht erfolgte Verschollenheitserklärung oder Besitzeinweisung eine dem neuen Recht unterstellte Todeserklärung folgen ließe, in den von dem früheren Recht einheitlich gedachten und geregelten Zustand in störender Weise eingreifen.

Diese nicht vollständig klaren Sätze geben zwar in einzelnen Wendungen dem Zweifel Raum, ob nicht dem aufgestellten Grundsatz der Aufrechthaltung der einmal begründeten Rechtslage eine über die allgemeinen Wirkungen der

1) Mugdan a. a. O. S. 69.

Todeserklärung hinausgehende Anwendung gegeben werden wolle. Allein ſie müſſen keineswegs mit Notwendigkeit dahin verſtanden werden, daß die konkrete Geſtaltung der Erbfolge in allen Fällen unabänderlich bleiben bezw. dem Einfluß einer abweichenden Geſetzgebung entzogen ſein ſoll. Sie ſprechen insbeſondere nicht aus, daß auch bei einer nach dem bisherigen Recht begründeten successio ex nunc die durch die vorläufige Einweiſung des Präſumtiverben geſchaffene Rechtslage keine Aenderung mehr erleiden dürfe. Der Geſetzgeber konnte nicht gemeint ſein, für eine Erbfolge die nach dem für maßgebend erklärten Landesrecht ſich nach dem Zeitpunkt des vermuteten Todes richtet, die Anwendung des einer früheren proviſoriſchen Vermögensausfolge zu Grund liegenden Rechts vorzuſchreiben; er konnte nur beſtimmen, daß auch da, wo das bisherige Recht dem vorläufig Eingewieſenen keine Anwartſchaft auf eine endgültige Erbfolge gebe, ſondern den Fortbeſtand und das Maß ſeiner Rechte von dem Stand der Erbberechtigungen zur Zeit des vermuteten Todes abhängig mache, wenigſtens die allgemeinen Grundſätze, nach welchen im Fall der Todeserklärung die Nachfolge in das Vermögen des Verſchollenen in Geltung trete und ihre Wirkſamkeit äußere, demſelben Recht angehören müſſen, auf dem die vorausgegangene Einweiſung beruhe.

Hienach kann auch aus dem Inhalt der Motive, die übrigens bekanntermaßen keine authentiſche Darſtellung der Auffaſſungen der Urheber des Geſetzesentwurfs ſelbſt enthalten, nichts Entſcheidendes für die Auslegung entnommen werden, daß nach Art. 161 Abſ. 3 des Einf.Geſ. auch die Regelung der konkreten Erbfolge in das Vermögen des Verſchollenen nach den Geſetzen ſich zu richten habe, welche für das Abweſenheitsverfahren einſchließlich der Todeserklärung maßgebend ſind. Wenn die Berufungskläger noch den Verſuch gemacht haben, eine ſelbſtändige Begründung ihrer Verteidigung aus der in Abſ. 2 daſelbſt enthaltenen Beſtimmung, daß die bisherigen Geſetze auch für die „endgültige Einweiſung“ maßgebend ſeien, abzuleiten, wobei ſie dem letzt-

genannten Begriff auch die nach württ. Recht auf Grund der Todeserklärung erfolgende endgültige Verteilung des Vermögens des Verschollenen unterstellt wissen wollen, so ist ihnen mit Grund entgegnet worden, daß die endgültige Einweisung, die das Gesetz a. a. O. der Todeserklärung an die Seite stellt, einen den württ. Gesetzen fremden Rechtsakt des französischen und badischen Rechtes bildet, der, sofern er die Bestätigung einer vorhergegangenen vorläufigen Einweisung zu Gunsten der Eingewiesenen oder ihrer Rechtsnachfolger enthält, mit dem württ. Recht überhaupt nicht verglichen werden kann. Auch in Beziehung auf diesen Akt wäre überdies in der angeführten Bestimmung des Art. 161 nicht sowohl die Bezeichnung der zur Anwendung zu bringenden erbrechtlichen Vorschriften als der Hinweis auf die Grundsätze, nach welchen die endgültige Einweisung selbst stattfindet und rechtlich wirksam bleibt, zu erblicken.

Nach dem Ausgeführten ist für die bevorstehende Verteilung des Vermögens des für tot erklärten J. G. S. nicht das württ. Landrecht, sondern das Bürg. Gesetzbuch für maßgebend zu erachten.

Urteil des ersten Civilsenats vom 31. Dezember 1901 i. S. Bulach gegen Schwille.

11.

Ist es zulässig, auf Grund der Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen eine einzelne Vertragsbestimmung anzufechten?

Der Gemeinschuldner hatte an den Bekl., seinen Halbbruder, sein Hofgut um 11 000 M. verkauft. Der Kaufpreis sollte bezahlt werden durch Uebernahme der Hypotheken im Betrag von 5500 M. nebst laufenden Zinsen und Barzahlung von 5500 M. bei der Auflassung. Vor der Auflassung bezahlte Bekl. 500 M. bar und übernahm durch Uebereinkunft mit den betreffenden Gläubigern Schulden des Verkäufers in Höhe von 4950 M. Der Konkursverwalter hat

das Uebereinkommen angefochten, wonach Bekl. an Stelle der Barzahlung diese Schulden übernommen hat.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Gegenstand der mit der Klage angefochtenen Vereinbarung war die Festsetzung der Art und Weise, auf welche die nicht durch Uebernahme von Hypothekenschulden gedeckte Hälfte des von dem Bekl. für das von dem Gemeinschuldner an ihn verkaufte Gut zu entrichtenden Kaufpreises getilgt werden sollte. Der Bekl. verpflichtete sich, über bar zu zahlende 500 M. gewisse Schulden des Gemeinschuldners durch Vertrag mit den betreffenden Gläubigern zu übernehmen. Diese Leistungen sind erfolgt, und damit ist zu dem entsprechenden Betrag die Kaufpreisforderung des Gemeinschuldners erloschen. Vom Standpunkt der Klage aus ist dieser letztere Anspruch das, was durch die angefochtene Vereinbarung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden ist; er ist es daher, der, wenn jene Vereinbarung nach §§ 29 ff. K.O. als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam erklärt wird, gemäß § 37 K.O. zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß. Die Anfechtung vermag nichts anderes zu bewirken, als daß die der Konkursmasse nachteiligen Wirkungen der angefochtenen Rechtshandlung beseitigt werden; sie kann nicht die Konkursmasse in eine günstigere Lage versetzen, als in diejenige, in der sie sich ohne die angefochtene Handlung befinden würde [1]). Die Wirkung der angefochtenen Vereinbarung ist nun beseitigt, wenn die Kaufpreisschuld des Bekl. so, wie sie ohne die angefochtene Vereinbarung bestand, wiederhergestellt ist. Zur Zahlung kann der Bekl. nur auf Grund des Kaufvertrags verpflichtet sein; diese Verpflichtung könnte nur ausgesprochen werden, wenn ein auf den Kaufvertrag gestützter Anspruch für die Konkursmasse erhoben wäre. Aus dem Kaufvertrag ist aber nicht geklagt. Hienach ist die Klage, sofern sie auf

1) Mot. zu §§ 30—32 Entw. der K.O., R.G.E. Bd. 16 S. 26. Bd. 36 S. 163.

Verurteilung des Bekl. zur Zahlung an die Konkursmasse gerichtet ist, abzuweisen, wenn auch, worüber die Parteien zunächst streiten, der angefochtene Rechtsakt selbständig anfechtbar sein sollte.

Der Bekl. behauptet, daß die unstreitig zwischen dem Bekl. und dem Gemeinschuldner vor der Auflassung getroffene Vereinbarung, wonach Bekl. gewisse Schulden des Gemeinschuldners durch Vertrag mit den betreffenden Gläubigern auf Abrechnung an dem Liegenschaftskaufpreis übernommen hat, für sich allein nicht angefochten werden könne, weil sie einen unselbständigen Bestandteil des Liegenschaftskaufvertrags bilde, gleichviel ob sie vor oder nach Abschluß des letzteren Vertrags durch Beurkundung des Grundbuchbeamten getroffen worden sei. Ob letzterenfalls dem Bekl. beizupflichten wäre, kann unerörtert bleiben, da als erwiesen erscheint, daß das angefochtene Uebereinkommen der Protokollierung des Kaufvertrags vorausgegangen ist. (Die Gründe führen dies näher aus und fahren dann fort:)

Bei dieser Sachlage muß, wie Bekl. geltend macht, die Zulässigkeit der Anfechtung der die Schuldübernahme betreffenden Vereinbarung für sich allein verneint werden. Es kann hier nicht von einem, neben dem Kaufvertrag bestehenden Abkommen die Rede sein; dasselbe läßt sich nicht etwa als eine im voraus getroffene Beredung der Aenderung eines Punktes des schriftlichen Vertrags auffassen, sondern nur als ein integrierender Bestandteil des Kaufvertrags selbst, als eine von dem Kaufvertrag, wie er von vornherein und bei der Verurkundung gewollt war, untrennbare Bestimmung. Die Kontrahenten wollten den Kaufvertrag selbst unter den bezeichneten Modalitäten bezüglich des Kaufpreises abschließen. Daß der Kaufvertrag mit diesem Inhalt gewollt war, ergibt sich aus dem alsbald nach dessen Abschluß ins Werk gesetzten Vollzug der die Schuldübernahme betreffenden Verabredung. Nach dem oben Bemerkten liegt auch nicht einmal ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Willen des Kontrahenten und der Erklärung desselben in der Vertrags-

urkunde vor, sondern nur die Unterlassung der Aufdeckung des Sinnes, welcher von den Kontrahenten der die Barzahlung des hälftigen Kaufpreises betreffenden Bestimmung der Vertragsurkunde beigelegt wurde, und die nur mündlich getroffene Beredung ist nach § 313 B.G.B. mit der am 5. Juni 1900 erfolgten Auflassung und Eintragung in das Grundbuch auch formell gültig geworden. Eben weil die mit der Klage angefochtene Beredung einen integrierenden Bestandteil des Kaufvertrags bildet, läßt sich die Anfechtung nicht auf diese einzelne Bestimmung beschränken. Der Konkursverwalter kann nicht eine Aenderung des Kaufvertrags durchsetzen, er muß denselben entweder überhaupt gelten lassen oder als Ganzes anfechten. Da er ihn nicht anfechten zu wollen erklärt hat, ist die Anfechtung der einen Bestimmung desselben unzulässig. Die Lage des Klrs wäre auch nicht günstiger, wenn zwischen der mündlichen Vereinbarung und dem urkundlich erklärten Willen ein Gegensatz bestünde: wäre, was wie gesagt nicht zutrifft, die die Schuldübernahme betreffende Beredung nicht wirklich gewollt, so wäre sie nichtig und nicht auf Grund der Vorschriften der K.O. anzufechten; wäre dagegen die Bestimmung der Vertragsurkunde betreffend die Barzahlung des Kaufpreises nur zum Schein erklärt, so würde an ihre Stelle jene Beredung getreten sein (§ 117 B.G.B.) und der Umstand, daß letztere erst mit der Auflassung und Eintragung rechtsgültig geworden ist, vermöchte nichts daran zu ändern, daß sie vermöge des maßgebenden Willens der Kontrahenten als ein von vornherein von dem Kaufvertrag untrennbarer Bestandteil desselben sich darstellt. Ebensowenig spricht der besondere rechtliche Charakter der angefochtenen Vereinbarung für deren Selbständigkeit. Die Wirkung der Befreiung des Gemeinschuldners von den seitens des Bekl. zu übernehmenden Schulden trat allerdings nach § 415 Abs. 1 B.G.B. erst mit der Genehmigung der Gläubiger ein. Allein der Umstand, daß, wie bezeugt ist, ausdrücklich die Einholung dieser Genehmigung vereinbart worden ist, läßt die Tatsache unberührt, daß zunächst die

Schuldübernahme zwischen dem Gemeinschuldner und dem Bekl. vereinbart worden ist. Hiemit war von dem Bekl. die, wenn auch zunächst wegen mangelnder Schriftform nicht erzwingbare Verpflichtung übernommen, die Gläubiger des Gemeinschuldners zu befriedigen (§ 415 Abs. 3), wie denn auch der Gemeinschuldner angegeben hat, daß ausgesprochenermaßen auch im Falle der Weigerung der Gläubiger an seiner Stelle den Bekl. als Schuldner anzunehmen, der letztere ihnen habe Zahlung leisten sollen. Die Verabredung der Kontrahenten bedeutete also von vornherein das Versprechen des Bekl., auf Abrechnung an dem Kaufpreis die Gläubiger des Gemeinschuldners zu befriedigen. Wenn jedoch auch dieselbe irgendwie von einer Bedingung abhängig gewesen wäre, so ließe sich nicht einsehen, wie daraus auf die Trennbarkeit von dem Kaufvertrag sollte geschlossen werden können, da der Umstand, daß eine einzelne Bestimmung eines Vertrags an eine Bedingung geknüpft ist, noch nicht dessen Einheitlichkeit aufhebt.

Urteil des II. Civilsenats vom 22. Mai 1902 i. S. Mohr'sche Konkursmasse gegen Mohr.

12.

Streitwertfestsetzung bei Streit lediglich über die Fälligkeit der eingeklagten Forderung?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der Beklagte hat dem auf Bezahlung eines restlichen Liegenschaftskaufschillings von 9000 M. gerichteten Klaganspruch lediglich aus dem Grunde Widerspruch entgegengesetzt, weil die Forderung zur Zeit noch nicht fällig sei. Hat hiernach das Bestreiten des Beklagten sich nur auf die klägerische Behauptung der Fälligkeit des Anspruchs bezogen, so fragt sich, ob dieser Umstand auf die Berechnung des Werts des Streitgegenstands von Einfluß ist.

Der zweite Civilsenat hat sich in früheren Entscheidungen,

welche in den Jahrbüchern der württ. Rechtspflege Bd. 3 S. 137 und Bd. 6 S. 356 ff. veröffentlicht sind, dahin ausgesprochen, daß in Fällen, in welchen der Beklagte lediglich die Fälligkeit der eingeklagten Forderung bestreite, der Streitwert in Anwendung des § 3 der C.P.O. auf einen niedrigeren als den dem Nennwert der Klagforderung entsprechenden Betrag festzusetzen sei. Allein bei erneuter Prüfung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen vermochte man an dieser Auffassung nicht festzuhalten.

Streitgegenstand im Sinne der Civilprozeßordnung, wie auch im Sinne des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte [1]) ist der durch die Klage oder Widerklage erhobene und damit zu gerichtlicher Entscheidung verstellte Anspruch; und zwar ist für die Bestimmung dieses Anspruchs, des Streitgegenstandes, der Klage, bezw. Widerklage a n t r a g maßgebend [2]).

Wenn ferner auch unter Umständen zu näherer Darstellung des Klaganspruchs die Herauziehung der Klagebegründung erforderlich sein kann [3]), so ist doch im übrigen der Inhalt der Klagebegründung nicht zu berücksichtigen. Insbesondere gehört es nicht zum Begriff des S t r e i t g e genstands, daß der Anspruch ein bestrittener ist. Es hat deshalb auch die Rechtsverteidigung des Beklagten außer Betracht zu bleiben, namentlich kommt es nicht darauf an, welche Einwendungen Beklagter erhebt, inwieweit er die zur Begründung des Klaganspruchs vorgebrachten Tatsachen ein-

1) Vgl. C.P.O. § 3 ff.; G.K.G. § 8 Abs. 1 § 9; G.O. f. R.A. § 9 Abs. 1, § 10.

2) Vgl. G a u p p - S t e i n, Komment. z. C.P.O. 4. Aufl. Bd. 1 S. 27; S t r u c k m a n n - K o c h, Komment. z. C.P.O. Bem. 1 zu § 3; P l a n c k, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 259; W a c h, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 369. 370. 373; W a l t e r, G.O. f. R.A. S. 80; W i l l e n b ü c h e r, Kostenfestsetzungsverfahren S. 60; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 17 S. 379, Bd. 26 S. 432, 433; Jurist. Wochenschrift 1892 S. 361; 1893 S. 466 Ziff. 2; S e u f f e r t s Arch. Bd. 45 S. 463.

3) Vgl. W a c h a. a. O. S. 369; Entsch. des Reichsg. Bd. 33 S. 4.

räumt oder bestreitet [1]). Demzufolge war im vorliegenden Fall Streitgegenstand — zunächst jedenfalls zu Zeit der Klageerhebung — der Anspruch des Klägers auf Bezahlung eines restlichen Liegenschaftskaufschillings von 9000 M. Da ferner für einen Anspruch, welcher auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist, im allgemeinen der auch in § 6 der C.P.O. anerkannte Grundsatz gilt, daß hier eben diese Summe den Wert des Anspruchs, des Streitgegenstands, darstellt [2]), so belief sich im gegenwärtigen Rechtsstreit der Wert des Streitgegenstands zur Zeit der Klageerhebung auf den Betrag von 9000 M.

Der Streitgegenstand kann nun allerdings im Lauf des Rechtsstreits Veränderungen erleiden, und eine solche Veränderung ist unter Umständen geeignet, auch eine Modifikation in der Berechnung des Werts des Streitgegenstands herbeizuführen. Ist jedoch — wie oben dargelegt wurde — Streitgegenstand der durch die Klage erhobene, in dem Klagantrag zum Ausdruck gelangte, und damit zu gerichtlicher Entscheidung verstellte Anspruch, so kann folgerichtig von einer Aenderung des Streitgegenstands nur dann die Rede sein, wenn im Verlauf des Rechtsstreits dieser Anspruch selbst eine Modifikation erleidet. Hienach und da es nach dem bereits Bemerkten nicht zum Begriff des Streitgegenstands gehört, daß der Anspruch ein bestrittener sei, ist — falls nur der Klagantrag derselbe bleibt — für die Bemessung des Werts des Streitgegenstands auch im späteren Verlauf des Rechtsstreits unerheblich, ob der Beklagte den Anspruch anerkennt oder bestreitet, überhaupt welche Einwendungen er gegen denselben geltend macht, wie denn auch die „Entschei-

1) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 32, 33; Struckmann-Koch a. a. O. Bem. 1 zu § 3; Planck a. a. O. Bd. 1 S. 38, 39; Wach a. a. O. Bd. 1 S. 373; Walter a. a. O. S. 80 ff.; Willenbücher a. a. O. S. 60; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 3 S. 392; 12 S. 361; 26 S. 433; 33 S. 4; Jur. Wochenschrift 1886 S. 71; 1892 S. 329; 1892 S. 361; 1893 S. 466 Ziff. 2; Seufferts Archiv Bd. 45 S. 463.

2) Vgl. Jur. Wochenschrift 1882 S. 90; 1893 S. 466 Ziff. 2.

dungsbedürftigkeit" des Klagantrags [1]) sogar durch ein Anerkenntnis von seiten des Beklagten allein noch nicht ausgeschlossen wird. Hienach rechtfertigt auch der Umstand, daß der Beklagte, wie im vorliegenden Fall, nur die Fälligkeit der Forderung bestreitet, noch nicht die Annahme einer nachträglichen Veränderung des Streitgegenstands. Eine solche wäre nur dann gegeben, wenn der Kläger etwa zufolge der Einlassung des Beklagten den Klagantrag selbst modifiziert hätte.

Noch ist zu berücksichtigen, daß die im Gerichtskostengesetz und in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte festgesetzten Gebühren für bestimmte, im Lauf eines Rechtsstreits eintretende Akte zum Ansatz gelangen, und man könnte daran denken, wenn z. B. die kontradiktorische Verhandlung oder die Anordnung einer Beweisaufnahme und diese selbst lediglich sich auf die Frage der Fälligkeit der eingeklagten Forderung beziehen, die Gebühren für den betreffenden Akt aus einem geringeren Streitwert festzusetzen. In dieser Richtung kommt § 12 Abs. 1 des G.K.G. (vergl. auch § 10 der G.O. für R.A.) in Betracht. Allein nach letzterer Vorschrift sind für Akte, welche einen Teil des Streitgegenstands betreffen, die Gebühren nur nach dem Wert dieses Teils zu berechnen, und wenn Streitgegenstand der in der Klage erhobene, zur richterlichen Entscheidung verstellte Anspruch ist, so kann die Frage der Fälligkeit des Anspruchs nicht als „ein Teil des Streitgegenstands" angesehen werden. Vielmehr handelt es sich hiebei um eine einzelne, zur Begründung des ganzen Anspruchs vorgetragene Tatsache.

Nach dem Ausgeführten hat die Civilkammer den Antrag des Klägers auf Herabsetzung des Streitwerts mit Recht abgelehnt.

Beschluß des zweiten Civilsenats vom 15. April 1901 i. S. Lanz geg. Gradenecker.

---

1) Vgl. Wach a. a. O. S. 369.

13.

Sind Reisekosten erstattungsfähig, die dadurch entstanden sind, daß eine Partei statt eines an ihrem Wohnsitz wohnenden Rechtsanwalts einen am Gerichtssitz wohnenden Prozeßbevollmächtigten aufgestellt hat?

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Bezüglich der Reisekosten des bekl. Ehemanns und des Prozeßbevollmächtigten der beiden Bekl., auf welche die Beschwerde sich bezieht, ist die Notwendigkeit und Höhe an sich nicht beanstandet; der Beschwerdeführer beanstandet die Posten nur deshalb, weil die Bekl. solche Kosten durch Aufstellung eines der in G. wohnenden, bei dem Landgericht U. zugelassenen Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigten hätte vermeiden können.

Gemäß Art. 18 Abs. 1 der R.A.O. ist es die Regel, daß die bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte, an dem Ort des Gerichts ihren Wohnsitz haben sollen; ein „auswärtiger" Rechtsanwalt im Sinne des § 91 Abs. 2 der C.P.O. ist ein solcher, welcher nicht am Sitz des Prozeßgerichts wohnt [1]). Bei dieser Lokalisierung der Rechtsanwaltschaft und bei der durch § 18 Abs. 5 der R.A.O. beschränkten Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts kann der Partei nicht zugemutet werden, von der Wahl eines an dem Gerichtssitz wohnenden Anwalts deshalb Abstand zu nehmen, weil auch an dem Wohnort der Partei mehrere bei dem Prozeßgericht zugelassene Rechtsanwälte sich befinden. Die Reisekosten der Partei, welche durch ihren erforderlichen persönlichen Verkehr mit ihren am Gerichtssitz wohnenden Prozeßbevollmächtigten entstehen, sind also zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig im Sinn der C.P.O. § 91 Abs. 1 Satz 1 und der Anspruch auf Erstattung der Reisekosten des bevollmäch-

1) R.G.E. Band 13 S. 313.

tigten Anwalts gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Reise *nach dem Wohnsitz der Partei* gemacht wurde, also von einem *daselbst wohnenden* Anwalt nicht zu machen gewesen wäre.

Die aus dem oben erwähnten Lokalisierungsgrundsatz erwachsene Bestimmung des § 18 Abs. 5 der R.A.O. darf in Ermangelung irgend welcher gesetzlicher Anhaltspunkte *nicht* zu Gunsten der Bestellung eines am Wohnsitz der Partei, aber nicht am Gerichtssitz wohnenden Anwalts *umgekehrt werden*[1]).

Beschluß des zweiten Civilsenats vom 11. Nov. 1901 i. S. Ziegler geg. Kugler.

14.

Ein Rechtsanwalt kann eine Gebühr gemäß § 38 Ziff. 3 der R.A.G.O. vom Gegner nur ersetzt verlangen, wenn es zur Stellung eines Gesuchs um Erlassung des Vollstreckungsbefehls gekommen ist.

Die

Gründe

eines Beschlusses in einer Beschwerdesache besagen:

Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Erstattung der Gebühr des § 38[3] der R.A.G.O. nebst Auslagen. Der Erstattungsanspruch ist nicht begründet. Der § 38[3] der G.O. setzt eine Gebühr fest „für die Erwirkung des Vollstreckungsbefehls". Auch wenn angenommen werden will, daß die Gebühr nicht erst dann verfallen ist, wenn das Gesuch den Erfolg der Erlassung des Vollstreckungsbefehls gehabt hat, so ist doch — jedenfalls dem Prozeßgegner gegenüber — die Voraussetzung der Gebührenanrechnung, daß das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls gestellt worden ist. Das Gesuch kann aber erst dann als gestellt angesehen werden, wenn es dem Gericht gegenüber erklärt, also im Falle schrift-

1) Vgl. *Gaupp-Stein* zur C.P.O. § 91 Note 83; Entsch. des Reichsger. v. 25. Januar 1894, Jur. W.Schr. S. 113.

licher Einreichung bei dem Gericht eingegangen ist. Dies ist ausweislich der Akten des Amtsgerichts St. im vorliegenden Fall nicht geschehen. Auch hat der Kläger in sonstiger Weise die Gesuchstellung nicht glaubhaft gemacht. Für die etwaige Vorbereitung des Gesuchs kann vom Prozeßgegner eine Gebühr nicht erstattet verlangt werden.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 19. November 1901 i. S. Wahl geg. Oberdorfer.

B. in Strafsachen.

1.

Den Beleidigten steht das Recht, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen, auch dann zu, wenn das Hauptverfahren nur wegen falscher Anschuldigung und nicht wegen der in derselben Handlung zu findenden Beleidigung eröffnet ist. Ueber die Zulassung des Anschlusses ist baldtunlich noch vor der Hauptverhandlung in beratender Sitzung zu entscheiden.

Aus den

Gründen.

Gegen die Beschuldigte ist durch Beschluß vom 27. Mai 1902 das Hauptverfahren vor der Strafkammer eröffnet unter der Anklage, sie habe am 3. Dez. 1901 in St. bei der Staatsanwaltschaft eine Anzeige gemacht, durch welche sie wider besseres Wissen den „W. der Ermordung der Wth." beschuldigte (Vergehen d. § 164 St.G.B.).

Am 2. Juni reichte der von W. bevollmächtigte Rechtsanwalt E. die schriftliche Erklärung bei der Strafkammer ein, daß er sich namens des W. der öffentlichen Klage anschließe, da in der zum Gegenstand der öffentlichen Klage gemachten Aeußerung zugleich eine Beleidigung im Sinn der §§ 185—187 St.G.B. liege. Seinem zugleich gestellten Gesuch um Akteneinsicht wurde vom Vorsitzenden sofort entsprochen, aber erst nachdem die Hauptverhandlung auf den 23. Juni anberaumt war und der mitbevollmächtigte Rechtsanwalt C. H. in einer am 21. Juni eingereichten Schrift

darum nachgesucht hatte, daß der Beschluß über Zulassung der Nebenklage noch vor der Hauptverhandlung gefaßt werden möge, wurde von der Strafkammer noch an eben diesem Tag beschlossen, den W. gemäß § 435 St.P.O. als Nebenkläger zuzulassen.

Die gegen diesen Beschluß von seiten der Angeklagten erhobene Beschwerde, deren Statthaftigkeit einem Anstand nicht unterliegt [1]), kann nicht als begründet erkannt werden.

1. Der Wortlaut des Eröffnungsbeschlusses ergibt, daß in derjenigen Tat, die hier unter den rechtlichen Gesichtspunkt des § 164 St.G.B. gestellt ist, zugleich eine Beleidigung des Bezichtigten, zwar nicht im Sinn des § 185, wohl aber der §§ 186 oder 187 St.G.B. dringend angezeigt ist. Denn der Bezicht des Mords ist geeignet, den davon Betroffenen in der öffentlichen Meinung aufs schwerste bloßzustellen, und das Vorbringen eines solchen Bezichts wider besseres Wissen spricht nicht weniger für einen bewußt rechtswidrigen Gebrauch des Rechts, Anzeige vom Verdacht strafbarer Handlungen bei der Behörde zu machen. Die rechtliche Möglichkeit des Zusammentreffens von Beleidigung mit falscher Anschuldigung in einer und derselben Handlung wird auch von der Beschwerde nicht bestritten, sie erhellt aus dem verschiedenartigen Tatbestand dieser zwei Vergehen und ist in der Rechtsprechung anerkannt [2]).

2. Ist sonach der Tatbestand einer Beleidigung in der zur Anklage gestellten Tat hinreichend gegeben, so steht auch die Rechtzeitigkeit des wegen ihr gestellten Strafantrags nach § 61 St.G.B. außer Zweifel ... (hier nicht von Interesse).

Mit der Rechtzeitigkeit des Strafantrags ist auch die Berechtigung zur Erhebung einer Privatklage nach § 414 St.P.O. und ebenhiemit zum Anschluß als Nebenkläger an

1) Löwe, Comm. § 436 n. 3; Kries, Lehrb. S. 735; R.G. in Rechtspr. 8 S. 533, Absatz; Jur. Wochenschrift 1892 S. 144.

2) Olshausen Comm. § 73 n. 19 I b, II c, d, und § 187 n. 7; Reichsger. in Goltd. Arch. 43 S. 391 u. Jur. Wochenschr. 1901. S. 434.

die öffentliche Klage nach § 435 Abs. 1 St.P.O. dargetan.

3. In § 436 Abs. 1 St.P.O. ist bestimmt, daß die Anschlußerklärung bei Gericht schriftlich einzureichen sei, und daß das Gericht über die Berechtigung zum Anschluß nach Anhörung der Staatsanwaltschaft zu erkennen habe. Schon hiernach ist anzunehmen, daß, sobald die Anschlußerklärung eingekommen, auch die Staatsanwaltschaft zu hören und alsdann der Gerichtsbeschluß zu fassen sei. Ausdrücklich bestimmt aber auch § 435 Abs. 1, daß der zur Privatklage Berechtigte sich in jeder Lage des Verfahrens anschließen könne. Hieraus folgt, daß auch das Gericht in jeder Lage des Verfahrens über den Anschluß zu erkennen habe. Eine Auslegung, nach der zwar die Anschlußerklärung in jeder Lage des Verfahrens berechtigt, dennoch aber das Gericht nicht in jeder Lage verpflichtet sein sollte, darüber zu erkennen; wäre gegen die klaren Worte des Gesetzes, sie würde dem Recht auf Anschluß vor einer Aenderung der Prozeßlage widersprechen [1]).

Mochte daher der Vorsitzende der Strafkammer auf die Anschlußerklärung vom 2. Juni eine alsbaldige Entscheidung mangels einer in Aussicht zu nehmenden Aenderung der Prozeßlage nicht für notwendig gehalten haben, so mußte er um so gewisser auf das Ansuchen vom 21. Juni noch vor einer Hauptverhandlung einen Gerichtsbeschluß, wie er getan, herbeiführen.

4. Ohne gesetzlichen Grund bestreitet die Beschwerde auch die Zuständigkeit der Strafkammer, nach eröffnetem Hauptverfahren in beratender Sitzung über den Anschluß zu beschließen. Ihre Zuständigkeit ergibt sich schon aus dem Bisherigen, doch ist gegenüber den Ausführungen der Beschwerde noch folgendes beizufügen.

Für das Zwischenverfahren in dem Stand zwischen Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung selbst sind im 5. Abschnitt des 2. Buchs der St.P.O. nach

1) Löwe, Comm. § 436 n. 3, Stenglein, Comm. § 436 n. 7.

dessen Ueberschrift und Inhalt Vorschriften nur insoweit gegeben, als zur Vorbereitung der Hauptverhandlung erforderlich erachtet wurden. Dies erklärt, warum ein Gerichtsbeschluß während dieser Lage des Verfahrens nur zu § 222, für das Bedürfnis eines Beweiseinzugs durch einen beauftragten Richter, erwähnt ist. Daß nicht auch gegenüber der Ablehnung eines Antrags auf Zeugen- oder Sachverständigen-Ladung von seiten des Vorsitzenden eine Entscheidung des Gerichts zugelassen, der Angeklagte vielmehr auf das Recht unmittelbarer Ladung beschränkt wurde, beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen [1]).

Sonst etwa nötig werdende Gerichtsbeschlüsse vor der Hauptverhandlung für ausgeschlossen zu halten, liegt deshalb kein Grund vor, sie können auch dem Stand des Verfahrens entsprechend nicht anders als in der gerichtsverfassungsmäßigen Besetzung von drei Richtern und auf Grund der Akten gefaßt werden. Ihre Statthaftigkeit, wenn es sich um die Frage der Untersuchungshaft handelt, nimmt die Beschwerde selbst an, nicht weniger sind als notwendig und zulässig anerkannt Beschlüsse über Richterablehnungen, § 27 St.P.O. und in Fällen des § 81 St.P.O., sowie in den mancherlei Fällen, in denen Hindernisse gegen die Abhaltung einer Hauptverhandlung solche erheischen [1]).

Warum ein derartiger Beschluß nicht auch gestattet sein sollte, wenn es sich um Anschlußberechtigung handelt, und trotz der Bestimmung des § 435 St.P.O., ist nicht abzusehen.

5. Der von der Beschwerde noch besonders hervorgehobene Umstand, daß die Anklage nur auf ein solches Vergehen lautet, wegen dessen eine Nebenklage gar nicht zugelassen ist, könnte nicht auf die Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung über den beantragten Anschluß, sondern nur auf den Inhalt dieser Entscheidung von Einfluß sein, sofern

1) Motive zum Entwurf §§ 182—184.

2) Löwe § 259 n. 2, auch B. II Abschn. 5 n. 2,3a und b; Stenglein B. II Abschn. 5 n. 3a; Glaser, Handb. I S. 477 n. 19, II S. 482ff. IV u. V; R.G.E. 21. S. 64.

der Anschluß als unstatthaft oder zur Zeit unstatthaft zurückzuweisen wäre. In dieser Beziehung beruft sich die Beschwerde auf die rechtskraftähnliche Wirkung, die nach § 209 St.P.O. dem Eröffnungsbeschluß zukomme und in diesem Stand des Verfahrens auch das erkennende Gericht binde. Allein diese Bindung ist nur insoweit zuzugeben, als eine bestimmte Tat zur Aburteilung verwiesen ist; das Gericht auch an die rechtliche Beurteilung dieser Tat gebunden zu halten, widerstreitet dem Sinn der St.P.O. In § 153 das. ist ausgesprochen, daß innerhalb der Grenzen der in der Klage bezeichneten Tat und der beschuldigten Personen das Gericht zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet und daß es insbesondere bei Anwendung des Strafgesetzes an die gestellten Anträge nicht gebunden sei. Wie schon die Stellung dieser Vorschrift im ersten Abschnitt über das Verfahren in erster Instanz erkennen läßt, ist hiemit ein allgemeiner, das ganze Verfahren beherrschender Grundsatz, der Grundsatz der nur durch das Gesetz selbst gebundenen Freiheit des richterlichen Ermessens, ausgesprochen. Anwendungen dieses Grundsatzes finden sich wie in § 204, daß bei der Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht nicht an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden sei, so in § 260, daß in der Hauptverhandlung das Gericht die den Gegenstand der Anklage bildende Tat nach freier Ueberzeugung zu würdigen habe. Daraus nun, daß dasselbe nicht ausdrücklich auch für den selteneren Fall eines Beschlusses *vor* der Hauptverhandlung bestimmt ist, kann nimmermehr geschlossen werden, daß hier der Grundsatz verlassen werden sollte. Niemand würde wohl daran denken, wenn vor der Hauptverhandlung über eine Haft des Angeklagten zu entscheiden wäre, daß das zur Entscheidung berufene Gericht an die rechtliche Auffassung der Tat gebunden sei, die im Eröffnungsbeschluß zum Ausdruck gebracht ist. Wollte man dies nicht ebenso für den Anschluß des Nebenklägers annehmen, so würde ein Anschlußberechtigter dadurch, daß in dem seiner Einwirkung nicht unterstellten Eröffnungsbe-

schluß der ihn zum Anschluß berechtigende rechtliche Gesichtspunkt außer acht gelassen wurde, um einen wesentlichen Teil seines Rechts, in jeder Lage des Verfahrens sich anzuschließen, gebracht werden [1]).

Beschluß vom 7. Juli 1902 gegen Anna Müller Wwe.

2.

Unter den von den Polizeibehörden zu Verhütung von Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen erlassenen Anordnungen des Art. 32 Z. 5, Pol.St.G. sind nicht nur allgemeine, sondern auch solche Anordnungen zu verstehen, die für einen einzelnen bestimmten Fall erlassen werden.

Aus den

Gründen:

Nach der tatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urteils hat das Stadtpolizeiamt St., nachdem schon im Lauf der vorhergegangenen Jahre mehrfache Klagen über die von des Angeklagten Fabrik ausgehende ungewöhnliche Belästigung durch Kaminruß laut geworden und die behufs Abhilfe ergangenen und vom Angeklagten befolgten polizeilichen Auflagen ohne den erstrebten Erfolg geblieben waren, vielmehr im Oktober 1900 eine erneute Verschlimmerung des Zustands und verstärkte Belästigung der Umwohner durch Ruß erhoben worden, am 16. Nov. dem Angeklagten aus Gründen der Feuer- und Gesundheitspolizei die Auflage gemacht, während kurzer Zeit zur Beaufsichtigung und Unterweisung seines Heizers W. einen gelernten und erfahrenen Lehrheizer beizuziehen. Diese Maßregel wurde wesentlich deshalb gewählt, weil die Rußentwicklung ihrer Art nach eine Unregelmäßigkeit in der Heizung vermuten ließ und die getroffene Anordnung noch besonders im Hinblick auf das Lebensalter des genannten erst 15jährigen Heizers gerechtfertigt erschien. Der Angeklagte kam der ihm am 28. Nov.

1) Motive z. Entw. § 135; Löwe § 153 n. 4 a—d, 204 n. 6, 260 n. 5; Stenglein § 153 n. 3, R.G.E. Bd. 7 S. 437.

eröffneten Auflage mit dem Erklären nicht nach, W. sei genügend instruiert, ohne aber eine Einsprache zu erheben, und die übermäßige Rußentwicklung dauerte fort. Die daraufhin gegen den Angeklagten wegen Nichtbefolgens der erteilten Auflage auf Grund des Art. 32 Z. 5 des Pol.St.G. sowie der Z. 1 Abs. 2 der St. ortspolizeilichen Vorschriften betr. die Fernhaltung gesundheitsschädlichen Kaminrauchs im Stadtdirektionsbezirk vom 4/10. Sept. 1884 erfolgte Verurteilung zu 10 M. Geldstrafe ist der Gegenstand der Revisionsbeschwerde.

In dem genannten Art. des Pol.St.G. vom 27. Dez. 1871 wird mit Haft bis zu 14 Tagen oder Geldstrafe bis zu 60 M. bedroht, wer außer den im St.G.B. und im gegenwärtigen Gesetz besonders bezeichneten Fällen den von den Polizeibehörden zu Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt. Wie hier von Polizeibehörden im allgemeinen die Rede ist, ohne zwischen höheren und niederen zu unterscheiden, so ist auch der allgemeine Ausdruck „Anordnungen" gebraucht, unter dem ebensowohl zu allgemeiner Geltung bestimmte Verordnungen oder Verfügungen, als für einen beschränkten Kreis oder einen einzelnen Fall bestimmte Weisungen begriffen erscheinen können. Die einzige Grenze im Gesetz ist durch die Bezeichnung des Zwecks der Anordnung gegeben, Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen zu verhüten. Eben dieser Zweck aber schließt eine einschränkende Auslegung der Gesetzesworte geradezu aus, läßt vielmehr annehmen, daß das Gesetz das Zuwiderhandeln gegen alle Anordnungen im gedachten Sinn mit Strafe bedroht wissen will [1]).

Diese Annahme wird bestätigt durch die Vorarbeiten zum Gesetz. Nachdem in den Motiven zum Gesetzesentwurf einleitend gesagt ist, daß das Verordnungsrecht in Polizeisachen in Württ. bisher tatsächlich vielfach geübt worden sei, nicht ohne daß bei einzelnen Anlässen die Befugnis der Re-

1) Schicker, d. Pol.St.R. und Pol.Str.Verf. in Wttbg. 3. Aufl. S. 265 n. 5.

gierung zu solchen Verordnungen beanstandet worden wäre, daß daher die Einführung des R.St.G.B. den Anlaß gebe, diesen Gegenstand in angemessener Weise zu regeln[1]), wird zum A. 29 Z. 5 des Entwurfs der wörtlich in den A. 32 des Gesetzes übergegangen ist, bemerkt, diese Bestimmung werde mit Rücksicht darauf für notwendig erachtet, daß es nicht möglich sei, alle Fälle zum voraus erschöpfend zu bezeichnen, in denen die Polizei zu Abwendung von Gefahren einzuschreiten veranlaßt sein könne, und es daher durch das öffentliche Interesse geboten sei, der Polizeiverwaltung für solche Eventualitäten das Recht der Erlassung entsprechender Anordnungen und der Mittel zu ihrer Durchführung durch das Gesetz zu wahren. Dieser Gedanke wird zu dem Art. 49 ff. des Entwurfs, gleichlautend mit dem Art. 51 des Gesetzes, in denen das „Verordnungsrecht in Polizeisachen" geregelt ist, mit den Worten wiederholt, die Notwendigkeit, polizeiliche Anordnungen, welche dem Staatsbürger gewisse Verpflichtungen auferlegen, unabhängig von dem durch die Verf.Urk. zunächst vorgesehenen Weg der Gesetzgebung, durch Verordnung oder Ministerialverfügung zu erlassen, und das Bedürfnis der Polizeibehörden, ein Recht zu Erlassung derartiger Vorschriften zu besitzen, sei in der Aufgabe der Polizei, bei der Fürsorge für das öffentliche Wohl dem mitunter raschen Wechsel der Bedürfnisse des menschlichen Lebens gebührende Rechnung zu tragen, beziehungsweise die lokalen Verhältnisse tunlich zu berücksichtigen, in dem Maß begründet, daß hierüber eine Meinungsverschiedenheit kaum bestehe, und es sich wohl nur darum handeln werde, das den Behörden einzuräumende Verordnungsrecht in Absicht auf seine Grenzen und die Art der Ausübung näher zu regeln[2]).

In Uebereinstimmung ist im Kommissionsbericht der Kammer d. Abg. die Bestimmung der Z. 5 kurz damit für gerechtfertigt erklärt, daß die Verfehlungen in den verschieden-

1) Verh. der K. d. Abg. 1870—72, 1 Bd. 1 S. 329.
2) Verh. cit. S. 333, 343.

sten Formen auftreten, die unmöglich im voraus festgestellt werden können, und wird zu Art. 49 ff. des Entwurfs eingehend besprochen, daß gegenüber der Unsicherheit des bis daher geltenden Rechts (in Ermangelung einer unbeanstandeten gesetzlichen Grundlage) im neuen Gesetz das Verordnungsrecht bestimmter begrenzt werden solle, wobei einerseits der Grundsatz der Verf.Urk. zu wahren sei, daß niemand anders als in den im Gesetz bestimmten Fällen bestraft werden dürfe, andererseits aber nicht zu verkennen sei, was auch von der Volksvertretung stets anerkannt worden, daß auf dem Gebiet der Polizei nicht alle einzelnen Gebote und Verbote durch das Gesetz geregelt werden können, daß vielmehr hiebei die lokalen Verhältnisse und die Zeitumstände die Möglichkeit fordern, dieses Gebiet in einzelnen Teilen durch die bewegliche Verordnungs- und Verfügungsgewalt der Regierung und der mit der Polizei betrauten Staatsorgane zu ordnen [1]). Diesen Ausführungen ist in den Verhandlungen der Kammer der Abg. wie von seiten der Kammer der Standesherren ein Widerspruch in Absicht auf die dem Gesetz zu gebende Auslegung nicht entgegengehalten worden [2]).

In eben diesem Sinn wird auch seither das polizeiliche Verordnungsrecht fortwährend unbeanstandet ausgeübt, wie das tägliche Leben zeigt, und es hat insbesondere in Sachen der Gesundheitspolizei von seiten des Verwaltungsgerichtshofs richterliche Anerkennung gefunden [3]).

Erscheint hienach eine von der Polizeibehörde behufs Verhütung einer Gesundheitsgefährdung getroffene Anordnung für einen einzelnen Fall ohne weiteres auf Grund des § 32 Z. 5, P.St.G. als statthaft und ihre Nichtbefolgung unter die Strafbestimmung dieses Art. fallend, so kommt noch hinzu, daß der Gemeinderat St. sich in Anwendung

1) Ebenda S. 511, 515 ff.

2) Verh. d. K. d. Abg. 1870—72, 2 Prot. B. S. 695, 195, 769; Verh. d. K. d. Stdsh. 1870—72 1 Beil. B. S. 155; 1 Prot. B. S. 201.

3) Amtsbl. d. Min. d. Innern von 1880 S. 102. 1886 S. 225.

eben dieses Art. und des Art. 51 P.St.G. veranlaßt gesehen hat, unter dem 4. September 1884 besondere ortspolizeiliche Vorschriften betr. die Fernhaltung gesundheitsschädlichen Kaminrauchs zu erlassen, die nach gemäß Art. 53 Abs. 1 dieses Gesetzes erfolgter Prüfung durch die vorgesetzte Stadtdirektion am 10. d. M. verkündigt wurden.[1]). Hier wird zur möglichsten Verhütung von Gesundheitsbeschädigungen, welche in den besonderen Verhältnissen der Stadt St. aus der Durchsetzung der Luft mit Rauch, Ruß und schädlichen Verbrennungsgasen für die Einwohnerschaft entstehen, und unter Hinweis auf die Strafdrohung des Art. 32 P.St.G. der Inhaber einer Feuerungsanlage verpflichtet, den ihm im gesundheitspolizeilichen Interesse von der Polizeibehörde im einzelnen Fall gemachten, die Art des Betriebs der Anlage betreffenden Auflagen nachzukommen.

Ohne Rechtsirrtum hat die Strafkammer eine Auflage dieser Art in der dem Angeklagten erteilten Weisung erblickt. Ob im einzelnen Fall ein Kaminrauch gesundheitsgefährdend sei, ist Tatfrage und in erster Linie der Beurteilung der zunächst zuständigen Ortspolizeibehörde anheimgestellt, in St. nach Art. 25 des Ges. vom 6. Juli 1849 betr. einige Abänderungen und Ergänzungen der Gde.-O. und Art. 20 des Ges. vom 21. Mai 1891 betr. die Verwaltung der Gemeinden 2c. der Beurteilung des Stadtpolizeiamts. Nach der tatsächlichen Feststellung der Strafkammer hat diese Behörde die Frage bejaht und diejenige Anordnung getroffen, die sie für zweckentsprechend erachtet hat. Hiemit hat sie lediglich innerhalb des ihr zustehenden Ermessens gehandelt. Mit Recht wird vom vorigen Richter bemerkt, daß dem Angeklagten freistand, dagegen den Weg der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde zu ergreifen, falls er die angenommene Gefährdung nicht anzuerkennen oder die gegen sie getroffene Anordnung nicht für angemessen oder zulässig zu halten vermochte. Die eigenwillige Nichtbefolgung der Auflage aber zog gesetzlicher Ordnung gemäß die erkannte Strafe nach sich.

1) Amtsbl. d. Min. d. J. von 1884 S. 383.

Urteil gegen K. Müller wegen Uebertretung im Sinne von Art. 32 Z. 5 des P.St.G.

3.

Zum Begriff des übermäßig schnellen Fahrens im Sinne des § 366 Z. 2, St.G.B. in der Anwendung auf Motorwagenfahrten.

Aus den

Gründen.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist der Angeklagte am 30. August v. Js. Mittags gegen 12 Uhr in U. vom Beginn der Ortsstraße an zwar langsamer als zuvor, aber trotzdem mit der Geschwindigkeit eines stark galoppierenden Pferds mit seinem Motorwagen gefahren. Hiemit hat er, wie das Urteil annimmt, das zulässige Maß der Fahrgeschwindigkeit überschritten und sich daher der Uebertretung des § 336. Z. 2 St.G.B. schuldig gemacht, der den mit Strafe bedroht, der in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet. Die Revision will in dieser Annahme eine Verletzung der materiellen Rechtsnorm des genannten §, nämlich eine Verkennung des Begriffs des übermäßigen schnellen Fahrens erblicken. Dieser Begriff ist aber ein wesentlich tatsächlicher, der sich nach den Anschauungen des gemeinen Lebens bestimmt. Er mag je nach den Umständen, wie insbesondere nach der Belebtheit eines Orts [1]) verschiedener Auffassung fähig sein, jedenfalls aber kann es sich nicht um ein rechtliches Irren handeln, wenn ein Fahren als übermäßig schnell erkannt wird, das der Geschwindigkeit eines stark galoppierenden Pferdes gleichkommt, das also über die für Fuhrwerke allgemein übliche und zumal in Ortsstraßen nach § 5 Ziff. 5 der V.O. betr. Vorschriften über die Benützung öffentlicher Straßen vom 6. Juli 1873 [2]) überhaupt statthafte Geschwindigkeit unstreitig hinausgeht.

Die Revision will zwar darin einen Rechtsirrtum er-

1) Berner, Lehrb. d. D. Strafrechts, 18. Aufl. S. 701.
2) Reg.Bl. 1873 S. 295.

blicken, daß nach dem Urteil die Ueberschreitung eines gewissen Normalmaßes der Schnelligkeit immer strafbar sein würde, gleichgültig welcher Art das Fuhrwerk sei, anstatt daß auf die Beschaffenheit des Fuhrwerks Rücksicht genommen werde, ob dieses bei der eingehaltenen Geschwindigkeit ein sofortiges Anhalten gestatte oder nicht; wenn daher auch, wird ausgeführt, die Geschwindigkeit eines stark galoppierenden Pferdes unbedingt eine übermäßige sei, weil bei einem solchen Pferd ein plötzliches Anhalten nicht möglich, so sei doch dieselbe Geschwindigkeit bei einem Motorwagen, der auf der Stelle angehalten werden könne, keine übermäßige. In dieser Beziehung ist im Urteil auch ausgesprochen, daß der Behauptung des Angeklagten, er könne seinen Motorwagen auf einen Meter Entfernung zum Stehen bringen, voller Glaube geschenkt werde, damit also die Möglichkeit solch plötzlichen Anhaltens tatsächlich festgestellt. Mit Recht wird dem aber kein Gewicht beigelegt und wird als unerheblich bezeichnet, ob durch das Fuhrwerk des Angeklagten jemand gefährdet worden sei.

Das Vorbringen der Revision würde nämlich schon deshalb nicht als stichhaltig anzuerkennen sein, weil die Möglichkeit plötzlichen Anhaltens noch keine Gewähr dafür gibt, daß der Fahrende auch wirklich von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, daß er diejenige Vorsicht und Aufmerksamkeit anwendet und im Besitz derjenigen Geistesgegenwart und raschen Besonnenheit sich befindet, die dazu gehören, um im gegebenen Fall jene mechanische Möglichkeit in die richtige Wirkung zu setzen. So wird z. B. in der Verf. des Min. d. Innern betr. den Radfahr-Verkehr vom 16. September 1888 § 2 Abs. 4 [1]) nur für langsames Fahren mit dem Rad auf die Möglichkeit eines Anhaltens auf der Stelle Rücksicht genommen. Hievon kann indes ganz abgesehen werden. Denn im unzweideutigen Unterschied vom zweiten Fall des § 366 Z. 2 St.G.B., der nur das mit gemeiner Gefahr verbundene Einfahren oder Zureiten von Pferden

1) Reg.Bl. 1888 S. 319.

unter Strafe stellt, wird an erster Stelle das übermäßig schnelle Fahren oder Reiten in Städten oder Dörfern ganz allgemein und ohne Rücksicht auf eine besondere Gefahr verboten. Kommt also eine besondere Gefahr nicht in Frage, so kann es auch von keiner Bedeutung sein, ob dieser Gefahr vermöge der Beschaffenheit des Fuhrwerks hätte begegnet werden können oder nicht. Selbstverständlich steht dem auch nicht entgegen, daß der Grund des Verbots allzu raschen Fahrens in der allgemeinen Gefährlichkeit solchen Fahrens gelegen sein mag, denn gerade diese allgemeine Gefährlichkeit erklärt es, daß auch das Verbot ganz allgemein gehalten ist, daß das Gesetz hier, wie in Rechtspr. d. R.G. 5 S. 605 gesagt ist, ein reines Formeldelikt geschaffen hat[1]).

Urteil gegen Martin Zimmermann vom 14. Novbr. 1901.

4.

Die Strafbarkeit des Färbens von Eierteigwaren im Sinn der Ziff. 1 und 2 des § 10 des Ngef. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln.

Die Revision der Staatsanwaltschaft behauptet Verletzung materiell rechtlicher Normen durch Nichtanwendung der Strafvorschriften des § 10 Ziffer 1 und 2 des Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln. Dem Rechtsmittel war jedoch der Erfolg zu versagen. In dem angefochtenen Berufungsurteil ist folgender Sachverhalt festgestellt:

Die Angeklagten, welche gemeinschaftlich eine Eierteigwarenfabrik in P. betreiben, haben neben echten, nur aus Eiern, Mehl und Wasser bestehenden Eierteigwaren sowie neben Teigwaren ohne jeglichen Eizusatz verschiedene Sorten von Eierteigwaren hergestellt, welchen sie zu den Bestandteilen von Mehl, Eizusatz und Wasser eine Beimischung von einem gelb färbenden Stoff, dem sog. Martiusgelb gaben. Der Farbzusatz erfolgte dabei in umgekehrtem Verhältnis

1) Vergl. auch Olshausen Com. § 366 zu nr. 2. n. a., Sächs. Annalen B. 9. S. 301—2.

zum Eizusatz, je geringer der letztere, um so stärker der erstere; es trat aber eine Verschlechterung der Teigwaren durch den Farbzusatz nicht ein, sie bekamen weder eine gesundheitschädliche Eigenschaft, noch wurden sie dadurch geringwertiger gemacht. Während die Angekl. die keinen Eizusatz enthaltenden Teigwaren, welche gleichfalls gelb gefärbt wurden, unter der ausdrücklichen Bezeichnung „Teigwaren, ohne Eier" in den Handel brachten, haben sie die gefärbten, Eierbestandteile enthaltenden Waren unter der Bezeichnung Eierteigwaren ohne einen die Färbung andeutenden Vermerk zum Verkauf gebracht und zwar diese ausschließlich an Zwischenhändler, von welchen aus der weitere Absatz an das konsumierende Publikum erfolgte, an letzteres haben sie selbst nur an ihrem Niederlassungsort P. und zwar ausschließlich echte ungefärbte Eierteigwaren abgegeben. Die Zwischenhändler hatten Kenntnis von der Uebung des Färbens, sowie vom Maß des Farbgehalts der einzelnen Sorten, für welche die Preise nach dem Grad des Eierzusatzes abgestuft waren und es ist bei ihnen durch die gelbe Farbe der Eierteigwaren eine Täuschung über einen in Wirklichkeit geringeren Eigehalt nicht erregt worden. Die Angekl. haben aber auch nicht in der Absicht der Täuschung des kaufenden Publikums durch ihre Zwischenhändler, noch in der Voraussicht der Möglichkeit einer solchen Täuschung die gefärbten Eierteigwaren hergestellt, vielmehr mit der Beimischung des Farbstoffes nur einer Geschmacksrichtung des Publikums Rechnung tragen wollen, von welcher sie durch die Zwischenhändler Kenntnis erlangt hatten.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das Berufungsgericht das Tatbestandsmerkmal eines Verfälschens oder Nachmachens im Sinn des zit. § 10 verneint und auf Freisprechung erkannt. Gegen diese Freisprechung kämpft die Revision der Staatsanwaltschaft mit der Behauptung an: Die Angekl. hätten dadurch, daß sie auch ihren billigeren sog. Eierteigwaren dieselbe gelbe Farbe gaben, wie den teurern und wie sie die nicht gefärbten Waren von ihrem wirklichen

Eigehalt besitzen, den ersteren den Schein einer besseren Beschaffenheit verliehen, weshalb der Tatbestand der Ziff. 1 des § 10 als gegeben anzunehmen sei und damit auf Grund bezüglicher weiterer Einräumungen der Angekl. auch derjenige der Ziff. 2. Es wird hiefür ausgeführt: die Angekl. seien ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen, dem konsumierenden Publikum jederzeit die Möglichkeit zu gewähren, zu erkennen, daß die intensive gelbe Farbe nicht ausschließlich bezw. wie bei der Sorte Nr. 4 überhaupt nicht vom Eigehalt herrührt, das Publikum sei, soweit es nicht zufällig oder auf spezielle Nachfrage Kenntnis vom wahren Grund der gelben Farbe erlange, in seinem Vertrauen beim Einkauf von Eierteigwaren getäuscht worden.

Hiebei wird übersehen, daß das Berufungsgericht diesbezüglich im konkreten Fall zu einem anderen tatsächlichen Ergebnis gelangt ist, sowie daß das bloß objektive Merkmal einer Verfälschung, soweit es in der Beimischung eines fremdartigen zur bestimmungsmäßigen Herstellung des betreffenden Nahrungsmittels nicht erforderlichen Stoffes mit der Folge einer Veränderung des äußeren Ansehens und der möglichen Hervorbringung des Scheins einer besseren Beschaffenheit gesehen wird, den Tatbestand der Ziffer 1 des § 10 nur unter der weiteren Voraussetzung erfüllt, daß jene Beimischung „zum Zweck der Täuschung im Handel und Verkehr" erfolgt ist. Nur wo die Beimischung des fremden Stoffes, vorliegend also die Anwendung des Farbstoffs als Mittel benützt wird, der Ware den Schein einer bestimmten besseren, wertvolleren Beschaffenheit, hier den Schein eines höheren als des in Wirklichkeit vorhandenen Eiergehalts zu verleihen, wo somit die Absicht der Manipulation auf die Täuschung über das Wesen und den Wert der Ware gerichtet und die Manipulation insoweit spekulativ ist, liegt in der Anwendung des Farbstoffs eine strafbare Täuschung im Sinn des Gesetzes; wo sie dagegen nur auf das dekorative, der Geschmacksrichtung des Publikums zusagende Aussehen der Ware berechnet ist, lediglich in dem

die Farbe schätzenden, also das Wesen und den Wert des Nahrungsmittels selbst nicht berührenden Geschmack des Publikums ihren Grund hat, da entfällt die Annahme der Täuschung. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist eine wesentlich tatsächliche aus den konkreten Verhältnissen zu beantwortende Frage. Vorliegend hat das Berufungsgericht diese Beweisfrage dahin beantwortet, daß die Angeklagten durch den Farbzusatz nur einer gewissen Neigung und Geschmacksrichtung des Publikums nachgegeben und in keiner Weise eine Täuschung desselben bezüglich der Qualität der Waren, speziell bezüglich des Grades des Eierzusatzes beabsichtigt haben; ebenso wurde verneint, daß durch das Färben eine Verschlechterung der Fabrikate eingetreten ist, näherhin daß diese weder eine gesundheitschädliche Eigenschaft bekamen, was allerdings für den Tatbestand des § 10 überhaupt nicht in Frage kommt, noch daß sie dadurch in irgend einer Weise minderwertig gemacht wurden. Es ist bezüglich der Zwischenhändler, an welche die Angeklagten die gefärbten Eierteigwaren ausschließlich abgesetzt haben, ausdrücklich festgestellt, daß mit der Herstellung der gefärbten Eierteigwaren eine Täuschung dieser Abnehmerkreise gar nicht erfolgen konnte und sollte. Bezüglich des Publikums ist im Berufungsurteil zutreffend ausgeführt, daß eine Verfehlung gegen § 10 Ziff. 1 vorläge, wenn die Angeklagten in der Absicht der Täuschung des Publikums durch ihre Zwischenhändler oder in der Voraussicht einer solchen Möglichkeit den Farbstoff beimischen würden. Das Vorliegen der Täuschungsabsicht ist aber direkt verneint und die Annahme, daß die Angeklagten mit einer solchen Möglichkeit rechneten oder rechnen mußten, ist mangels zureichender Anhaltspunkte verworfen worden. Diese Feststellung des Berufungsgerichts liegt auf rein tatsächlichem Gebiet, ist also der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nach Maßgabe des § 376 der St.P.O. entzogen und daß etwa die angestellten Erwägungen, auf welchen jene Feststellung beruht, von einem Rechtsirrtum beeinflußt wären, ist nicht ersichtlich.

Hienach erscheint die Rüge der Revision insoweit der Tatbestand eines Vergehens im Sinn des § 10 Ziff. 1 des Nahrungsmittelgesetzes in Frage kommt, als unbegründet. Der Tatbestand der Ziffer 2 des zit. § 10 wird von der Revision nur für den Fall als gegeben angenommen, daß eine Verfehlung gegen die Ziffer 1 vorliegt. Abgesehen davon, daß letztere Voraussetzung nicht zutrifft, kommt hier in Betracht, daß der Verkauf der gefärbten Eierteigwaren nur an die Zwischenhändler seitens der Angeklagten erfolgte und daß diese Zwischenhändler nach der getroffenen Feststellung die Beimischung des Farbstoffs kannten, hienach von einem bewußten Verschweigen, wie es § 10 Ziff. 2 erfordert, im Verhältnis der Angeklagten zu den Zwischenhändlern als ihren unmittelbaren Abnehmern von vornherein nicht die Rede sein kann. Ein etwaiges Verschweigen des Farbzusatzes seitens der Zwischenhändler gegenüber dem kaufenden Publikum könnte nur unter der Voraussetzung der Mittäterschaft oder der mittelbaren Täterschaft (Benützung der Zwischenhändler als Werkzeug) oder aus dem Gesichtspunkt der Beihilfe die Angeklagten nach Ziff. 2 des § 10 strafbar machen. Im vorliegenden Fall erledigt sich diese Frage jedoch bereits durch die zu Ziff. 1 § 10 getroffene bindende Feststellung des Berufungsgerichts, daß weder die Absicht noch das Bewußtsein einer Täuschung auf Seiten der Angeklagten erweislich vorliegt, also auch nicht ein geflissentliches Verschweigen und daß die besondere gelbe Färbung der mit Eierbestandteilen versehenen Teigwaren nicht geschah, um denselben den Schein einer besseren Beschaffenheit und einer höheren Preiswürdigkeit zu geben, sondern nur um einer bezüglichen Geschmacksrichtung des Publikums entgegenzukommen. Eben hiemit ist schon der strafrechtliche Begriff der Fälschung im Sinn des § 10 zit. Reichsgesetzes verneint, welcher nach den Materialien des letzteren wie nach der konstanten Rechtsprechung[1]) überall da nicht zutrifft, wo

1) Rechtspr. R.G. Bd. IV S. 174, 519, Entsch. R.G. in Straff Bd. 37 S. 6, 73.

nur das äußere Ansehen der Ware ohne Einwirkung auf deren eigenes Wesen und Wert zum Zweck der Befriedigung einer Geschmacksneigung des Publikums verändert wird. Hiemit ist vorliegend auch die Nichtanwendung der Ziff. 2 § 10 ausreichend gerechtfertigt.

Auch sonst läßt das angefochtene Urteil in rechtlicher Beziehung keinen Verstoß erkennen. Zwar hat die Strafkammer als Ausspruch des Sachverständigen angeführt, daß wenn die Eibestandteile noch zu physiologischer Wirkung gelangen sollen, auf 400 gr Teigwaren mindestens ein Hühnerei zu kommen habe, während nach der getroffenen Feststellung die Angeklagten Teigwaren, in welchen auf 1500 gr Mehl nur ein Ei kommt, noch unter der Benennung als „Eierteigwaren", „Eiermaccaroni" in den Handel bringen. Es könnte sich also fragen, ob hierin nicht eine unter § 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 zustellende, zur Irreführung geeignete Angabe tatsächlicher Art zu finden sei. Allein abgesehen von der Frage, ob den Angeklagten die angegebene Grenze einer physiologischen Wirkung bis dahin bekannt war, sowie abgesehen von der weiteren Frage, ob es sich nach Inhalt der Anklage nicht sowohl um einen veränderten rechtlichen Gesichtspunkt im Sinn des § 264 der St.P.O. als vielmehr um eine andere Tat im Sinn des § 265 a. a. O. handeln würde, fehlt es jedenfalls an dem nach § 12 jenes Gesetzes zur Strafverfolgung erforderlichen Antrag. Immerhin erscheint es angemessen, den Angeklagten diesen Gesichtspunkt hier vor Augen zu führen.

Urteil vom 27. Juni 1900 gegen Immendorfer und Schüle wegen Vergehens gegen das Nahrungsmittelgesetz.

5.

Die Rechtsgültigkeit des Verbots der Ankündigung von Geheimmitteln und diesen gleichgestellten Stoffen.

Das subjektive Verschulden im Sinn des Art. 28a des Pol.St.Ges.

Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil ist in der vom 14. März 1902 datierten Nummer 30 des Amtsblattes für den Bezirk B. ein Inserat folgenden Inhalts erschienen: „wer lungen-, brust- oder halskrank ist, brauche Weidemanns Russischen Knöterich, nur echt in Pak. à 1 M. von E. Weidemann, Liebenburg a. Harz zu beziehen". Die Aufnahme des Inserats geschah auf Veranlassung des Zentralannoncenbureaus G. L. D. und Cie. in F., welches seinerseits im Auftrag des Angeklagten gehandelt hat. Der letztere ist hiewegen wie auch der Redakteur des Amtsblatts aus Art. 28 a Pol.St.G. bestraft worden. Nach diesem Artikel ist straffällig „wer außer dem Falle des § 367 Ziff. 3 und 5 des R.St.G.B. den vom Ministerium des Innern zum Schutz gegen Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums erlassenen Vorschriften über die öffentliche Ankündigung und den Vertrieb von Geheimmitteln und anderen in diesen Vorschriften denselben gleichgestellten Stoffen oder Zubereitungen, welche zur Verhütung oder Heilung von Menschen- und Tierkrankheiten zu dienen bestimmt sind, zuwiderhandelt". Auf Grund dieser gesetzlichen Strafbestimmung und des das Verordnungsrecht in Polizeisachen regelnden Art. 51 Pol.St.G. sind die beiden das Verbot der öffentlichen Ankündigung von Geheimmitteln betreffenden Verfügungen des Ministeriums des Innern vom 26. Juli 1898 und vom 14. Februar 1899 ergangen. Durch die erstere ist das Verbot der öffentlichen Ankündigung von Geheimmitteln, welche zur Verhütung oder Heilung von Menschen und Tierkrankheiten zu dienen bestimmt sind, sowie die jeweils im Regierungsblatt erfolgende Bekanntgebung der vom Ministerium des Innern den Geheimmitteln gleichgestellten anderen Stoffe oder Zubereitungen ausgesprochen, auf welche jenes Verbot gleichfalls Anwendung finden soll. Die zweite Ministerialverfügung fordert in § 1, um den Begriff des Geheimmittels auszuschließen, die Bekanntgebung

der Zusammensetzung solcher Mittel in der Ankündigung unter genauer Angabe der Bestandteile und ihrer Gewichts- oder Mengenverhältnisse, im § 2 werden 13 einzeln verzeichnete Mittel teils wegen ihrer Wirkungslosigkeit teils wegen der schwindelhaften Art ihrer Anpreisung und ihres Vertriebs auf Grund der vorgenannten Verfügung dem Verbot der öffentlichen Ankündigung ohne Rücksicht darauf unterstellt, ob ihre Zusammensetzung bekannt gegeben ist oder nicht; unter diesen Mitteln ist aufgeführt: „Kräutertee, Russ. Knöterich (Polygonum aviculare) von E. W. in L. a. H.

Die Revision des Angeklagten gegen seine auf Grund der angeführten Bestimmungen erfolgte Verurteilung rügt in erster Linie eine Verletzung des Gesetzes durch unrichtige Anwendung der Art. 28 a und 51 des Pol.St.G., ferner behauptet sie die Rechtsungültigkeit der beiden Ministerialverfügungen vom 26. Juli 1898 und 14. Febr. 1899 sowie Verletzung der Reichsgesetzgebung in Ansehung der Gewerbefreiheit, § 1 ff. der Reichsgewerbeordnung. Diese Rügen sind jedoch nicht begründet.

Mit Unrecht wird die Anwendung des Art. 28a sowie des Art. 51 Pol.St.G. auf den vorliegend festgestellten Sachverhalt beanstandet. Denn dieser enthält eine Zuwiderhandlung gegen eine bestimmte, vom Ministerium des Innern auf Grund der vorbezeichneten Artikel 28 a und 51 erteilte Vorschrift, nämlich eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot der öffentlichen Ankündigung des den Namen des Angeklagten tragenden, in dem Inserat des Amtsblatts von B. empfohlenen Mittels. Diese Verbotsvorschrift aber genießt, da ein Fall des § 367 Z. 3 u. 5 R.St.G.B. nicht vorliegt, den Schutz der Strafbestimmung des Art. 28 a Pol.St.G., falls sie zum Schutz gegen Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums erlassen ist und es sich um ein Geheimmittel oder einen anderen in der Vorschrift des Ministeriums des Innern den Geheimmitteln gleichgestellten, zur Verhütung oder Heilung von Menschen- und Tierkrankheiten zu dienen bestimmten Stoff bezw. eine

solche Zubereitung handelt. Beide Voraussetzungen sind hier gegeben. Denn die das erwähnte Verbot enthaltende Ministerialverfügung ist unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Art. 28 a und 51 des Landespolizeistrafgesetzes ergangen und es sind diese als ihre Grundlage angeführt, woraus sich von selbst ergibt, daß die im Art. 28 a geforderte Zweckbestimmung der Vorschrift zu Grunde liegt. Ob aber diese Zweckbestimmung, nämlich der Schutz gegen Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums die Stellung des vom Angeklagten vertriebenen Mittels unter das Ankündigungsverbot erforderte und tatsächlich rechtfertigt, ist eine nicht vom Richter sondern von der zuständigen obersten Verwaltungsbehörde zu entscheidende Frage, wie aus den Gesetzesmaterialien deutlich erhellt [1]). Ferner handelt es sich vorliegend nach dem oben zitierten Inhalt der Ministerialverfügung unzweifelhaft um einen den Geheimmitteln im Sinn des Art. 28 a gleichgestellten Stoff und nicht um ein Geheimmittel als solches, oder um eine Zubereitung. Uebrigens kann völlig dahingestellt bleiben, ob die Annahme eines Geheimmittels wegen der schon im Namen des Mittels „russischer Knöterich" liegenden Angabe der Beschaffenheit desselben (Knöterich ist eine Pflanzengattung der Polygoneen, besonders bekannt der wildwachsende Vogelknöterich) und ebenso die Annahme einer Zubereitung im Sinn des Gesetzes wegen Mangels der für eine solche erforderlichen Voraussetzungen als ausgeschlossen zu erachten ist, insofern der Knöterich jedenfalls unter den Begriff „Stoffe" fällt, welchen nach der Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln in dem Verzeichnis B der dem Verkauf in Apotheken vorbehaltenen Stoffe, z. B. auch Bilsenkraut, Schierling, Stechapfelblätter, Brechwurzel ꝛc. — also bestimmte Pflanzenarten ausdrücklich beigezählt sind. Wenn aber die Revision unter Stoffen lediglich die in der

1) Motive zu Art. 28 a. Beil. 131 S. 298/299, Verh. Abg. K. 1896, Kommiss. Ber. Beil. 224 S. 492 Abg. K. 1897, Prot. Abg. K. 1897 S. 3564, Prot. 1898 S. 5207, 5205.

genannten Kaiserlichen Verordnung bezeichneten Rohstoffe verstanden wissen will und die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts als eine Verkennung des Begriffs Stoff rügt, so findet diese Annahme der Revision nicht nur keine Unterstützung, sondern ihre direkte Widerlegung sowohl in der Kaiserlichen Verordnung, als in der Entstehungsgeschichte des Art. 28 a. Denn die erstere bezeichnet nur die in dem ihr angeschlossenen Verzeichnis B aufgeführten Stoffe als solche, welche außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfen (§ 2) und gibt damit keine vollständige und abschließende Aufzählung aller als Heilmittel in Betracht kommenden Stoffe; die Tatsache der Nichtaufzählung des Russischen Knöterich in diesem Verzeichnis kann deshalb keinen Anhalt dafür bieten, daß derselbe nicht als ein den Geheimmitteln gleichzustellender Stoff gelten dürfe, vielmehr beweist sie einzig und allein die Nichtzugehörigkeit zu den dem Apothekenvertrieb besonders vorbehaltenen Stoffen. Diesen letzteren sollten und wollten jedenfalls die vom Standpunkt der Heilkunde völlig gleichgültigen Stoffe nicht beigezählt werden, aber gerade solche werden häufig in schwindelhafter, die Leichtgläubigkeit des Publikums ausbeutender Weise als Heilmittel angepriesen und gegen diese richtet sich insbesondere das in den einzelnen Bundesstaaten neben der Kaiserlichen Verordnung ergangene Verbot der Ankündigung von Geheimmitteln. Es ist deshalb für die vorwürfige Frage gleichgültig, daß in § 4 der zit. Verordnung sowie in einem dem Bundesrat vorliegenden Entwurf einer solchen neben den „Zubereitungen und Stoffen" noch das Wort „Gegenstände" beigefügt ist.

Hiezu kommt, daß die württ. Gesetzgebung bei Schaffung des Art. 28 a entfernt nicht davon ausging, die von der Revision dem Ausdruck „Stoffe" beigelegte Beschränkung aufzustellen und nur die in der Kaiserlichen Verordnung — damals vom 27. Januar 1890, jetzt 22. Oktober 1901 — bezeichneten Rohstoffe hierunter zu begreifen. Denn für einen Verkauf und Vertrieb eben dieser, dem allgemeinen Handels-

verkehr entzogenen Stoffe bestanden bereits die Strafvorschriften in § 367 Ziff. 3 und 5 R.St.G.B. und insoweit diese zur Anwendung gelangen können, bleibt der Art. 28a Pol.St.G. schon nach seinem Wortlaut ausgeschlossen. Dieser ist durch die Novelle vom 4. Juli 1898 aber gerade deshalb geschaffen worden, weil die durch die Kaiserliche Verordnung in Verbindung mit den auf sie anwendbaren Strafvorschriften des § 367 geschaffene Möglichkeit, den Geheimmittelhandel in seinem überwiegenden Teil auf die Apotheken zu beschränken und bestimmten Vorschriften wie auch einem Verbot des Verkaufs in Apotheken zu unterwerfen, gegenüber den im Geheimmittelwesen hervorgetretenen Mißständen sich als unzulänglich erwiesen hatte und von Reichs wegen deshalb den Einzelstaaten empfohlen worden war, bis zu einer gesetzlichen Regelung anläßlich einer Revision des Reichsstrafgesetzbuchs die Erlassung eines Verbots jeder öffentlichen Ankündigung solcher Mittel im Wege der Polizeiverordnung vorzukehren. Hiezu bedurfte es in Württemberg gemäß Art. 51 Pol.St.G. einer gesetzlichen Ermächtigung und diese wurde, um ein wirksames Vorgehen zu ermöglichen, für das Ministerium des Innern ausdrücklich dahin ausgedehnt, auch solche Stoffe und Zubereitungen, deren Bezeichnung als Geheimmittel Anständen unterliegen könnte, nach seinem pflichtmäßigen Ermessen im Bedürfnisfall denselben Vorschriften wie die Geheimmittel zu unterwerfen; vgl. hiezu die oben zitierten Gesetzesmaterialien. Daß hiebei speziell der Ausdruck „Stoffe" in weitgehendem Sinn verstanden wurde, geht deutlich aus den Verhandlungen in der Abgeordnetenkammer hervor, nach welchen die vom Ministerium zu erlassenden Vorschriften z. B. auch auf Gegenstände wie das sog. Voltakreuz, Voltastern sich beziehen sollten, ferner überhaupt auf solche Mittel, deren Gefährlichkeit sich im einzelnen Fall schwer nachweisen lasse, deren Verbot aber wegen ihres schwindelhaften Charakters durchaus notwendig sei, Prot. a. a. O. 1897 S. 3564, 3566. Tatsächlich sind dann in derselben Ministerialverfügung wie das Mittel des Angeklagten auch Voltakreuz, Elektrovolta-

kreuz, Voltastern, dem Verbot der öffentlichen Ankündigung unterstellt worden und zwar gleichgültig ob die Zusammensetzung dieser Mittel bekannt gegeben ist oder nicht. Hienach ist schon aus letzterem Grund die Frage, ob der Knöterich zu den Geheimmitteln als solcher zu zählen ist, für die Anwendung des Art. 28a nicht entscheidend; er ist jedenfalls als ein denselben gleichgestellter anderer Stoff auf Grund der Ministerialverfügung anzusehen und hiemit der Fall des Art. 28a gegeben.

Der zweite Angriff der Revision ist gegen die Rechtsgültigkeit der beiden Ministerialverfügungen vom 26. Juli 1898 und 14. Februar 1899 gerichtet; derselbe geht fehl, soweit die Rechtsungültigkeit aus der Bestimmung des Art. 28a Pol.St.G. selbst gefolgert werden will. In Württemberg ist gemäß Art. 51 ff. das Pol.St.G. das Verordnungsrecht der Regierung und ihrer Behörden in Polizeisachen durch eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung sowie dadurch bedingt, daß im Gesetz selbst die Strafen für die Nichtbeachtung der innerhalb dieser Grenzen erlassenen Verordnungen und Verfügungen festgesetzt wurden; wo immer im Reichsstrafgesetz auf polizeiliche Vorschriften oder Anordnungen Bezug genommen wird oder solche vorausgesetzt sind, können dieselben durch K. Verordnung oder Ministerialverfügung, für den Geltungsbereich eines Oberamts- bezw. Gemeindebezirks durch die Bezirkspolizei- bezw. Ortsbehörden erlassen werden. Diese erforderliche gesetzliche Unterlage ist für die angefochtenen zwei Ministerialverfügungen in dem Art. 28a Pol.St.G. gegeben. Hiedurch ist entsprechend der ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers (vgl. oben) das Ministerium des Innern ermächtigt worden, zum Schutze gegen Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums Vorschriften über die öffentliche Ankündigung, also auch ein Verbot der letzteren nicht nur für Geheimmittel zu erlassen, sondern auch solche Stoffe und Zubereitungen zur Verhütung und Heilung von Krankheiten, welche nicht als Geheimmittel gelten können,

weil ihre Zusammensetzung genügend öffentlich bekannt gegeben ist, deren Vertrieb aber auf Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums hinausläuft, insoweit den Geheimmitteln gleich zu stellen.

Von dieser Ermächtigung hat das Ministerium in den erwähnten zwei Verfügungen, deren Inhalt oben angegeben ist und das Verbot der öffentlichen Ankündigung von Geheimmitteln sowie einzelner bestimmter, diesen gleichgestellten Stoffe und Zubereitungen umfaßt, in einer dem Gesetz durchweg entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Zwar scheint die in § 2 der Ministerialverfügung vom 14. Februar 1899 als ein Grund des Ankündigungsverbots genannte Wirkungslosigkeit eine Erweiterung der im Gesetz genau umgrenzten Ermächtigung des Ministeriums zu bedeuten und könnte auf den ersten Blick gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes Bedenken erregen. Allein eine solche Erweiterung und ein Anlaß zu einer Beanstandung liegt deshalb nicht vor, weil die Anpreisung eines wirkungslosen Mittels von selbst zu der im Gesetz erwähnten schwindelhaften Ausbeutung des Publikums führt, abgesehen davon, daß auch der weitere gesetzliche Grund der Gesundheitsgefährdung hiebei in Frage kommen kann, insofern die Anwendung wirkungsloser Mittel, regelmäßig mit der Unterlassung der Zuziehung ärztlicher Hilfe sowie des Gebrauchs heilkräftiger Mittel verbunden ist und so eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit eintreten kann.

Insoweit sodann die Rechtsungültigkeit der Ministerialverfügungen auf einen Widerspruch mit der Reichsgesetzgebung gestützt und eine Verletzung der Reichsgewerbeordnung gerügt wird, erweist sich auch dieser Einwand der Revision als unbegründet. Er bedeutet nach dem Ausgeführten überhaupt eine Beanstandung des Art. 28 a des Württ. Pol.St.G. vom Standpunkt des Reichsrechts, da feststeht, daß die beiden Ministerialverfügungen ihrerseits auf dem gesetzlichen Boden jenes Artikels und innerhalb der darin gezogenen Schranken stehen. Allein der hier behauptete

Widerspruch zwischen Reichsgesetz und Landesgesetz besteht nicht. Allerdings sind durch Art. 4 Ziff. 15 der Reichsverfassung Maßregeln der Medizinal- und Veterinärpolizei der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des Reichs vorbehalten, die letztere hat jedoch für das hier in Frage stehende Gebiet des Geheimmittelwesens abgesehen von der vereinzelten Bestimmung in § 56 Ziff. 9 Gew.Ord. noch keinen Gebrauch gemacht vielmehr bisher dieses Gebiet der Landesgesetzgebung und insbesondere den auf Grund derselben erlassenen polizeilichen Verordnungen überlassen, soweit nicht Vorschriften der Gewerbeordnung entgegenstehen. Nach § 6 Abs. 1 derselben findet letztere auf den Verkauf von Arzneimitteln und die Ausübung der Heilkunde nur insoweit Anwendung als ausdrückliche Bestimmungen darüber in ihr enthalten sind. Solche sind: § 34 Gew.Ord. wonach die Landesgesetze für den Handel mit Giften besondere Genehmigung vorschreiben können, der § 35 wonach der Handel mit Drogen und zu Heilzwecken dienenden chemischen Präparaten bei einer Leben und Gesundheit von Menschen gefährdenden Handhabung des Gewerbebetriebs zu untersagen ist, ferner § 56 Ziff. 9 und § 42 a, wonach Arznei und Geheimmittel am Wohnort wie anderswo vom Ankauf oder Feilbieten im Umherziehen ausgeschlossen sind, die Strafvorschrift des § 148 Ziff. 7 a gegen solche Zuwiderhandlung, sodann der die Festsetzung der Apothekertaxen den Zentralbehörden anheimstellende § 80, endlich § 6 Abs. 2 wonach durch Kaiserliche Verordnung bestimmt wird, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind. Solche Kaiserliche Verordnungen betr. den Verkehr mit Arzneimitteln sind am 25. März 1872, 4. Januar 1875 u. s. w., die jüngste die vorhergehenden aufhebende am 22. Oktober 1901 ergangen; nach derselben dürfen die in den beigefügten Verzeichnissen A und B aufgeführten Zubereitungen und Stoffe, die ersteren ohne Unterschied ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, als Heilmittel außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden. Hiemit ist, wie auch vom Reichsgericht an-

erkannt, vergl. Entsch. in Straff. Bd. 23 S. 429, nicht eine generelle Regelung des Verkaufs von Heilmitteln, sondern nur bezüglich der Verkaufsberechtigung der Apothekerwaren eine maßgebende Bestimmung gegeben und daneben der Erlaß medizinal-polizeilicher Vorschriften der Landesgesetzgebung nur insoweit ausgeschlossen, als die Gewerbeordnung entgegenstehende ausdrückliche Bestimmungen enthält. Solche bestehen aber weder in der Richtung, daß das öffentliche Ankündigen und Anpreisen der den Apothekern vorbehaltenen Stoffe und Zubereitungen als Heilmittel erlaubt sein soll noch weniger ist bezüglich der nicht hierunterfallenden Geheimmittel und geheimmittelähnlichen Stoffe eine solche reichsrechtliche Bestimmung vorhanden, weshalb zum Schutz von Leben und Gesundheit und zur Abwehr von Vermögensbeschädigungen die öffentlichen, meist schwindelhaften, die Leichtgläubigkeit des Publikums ausbeutenden und zu verderblichen oder völlig wirkungslosen Heilversuchen anreizenden Ankündigungen und Anpreisungen solcher Mittel unbedenklich unter landesrechtliche Verbote gestellt werden können. Dies ist anerkanntes Recht [1]).

Tatsächlich bestehen denn auch in nahezu sämtlichen Bundesstaaten Verbote wider die öffentliche Ankündigung von Geheimmitteln und wo solche nicht schon früher bestanden hatten, sind sie auf Veranlassung des Reichskanzleramts im letzten Jahrzehnt behufs wirksamer Bekämpfung des Geheimmittelunwesens nachträglich erlassen worden, so in Baden, Sachsen, Braunschweig, Bremen u. s. w. Dieser Anregung verdankt auch wie schon oben dargetan, der Art. 28a des Württ. Polizeistrafgesetzes seine Entstehung, Motive S. 298, Kom.-Ber. S. 491 a. a. O. Bei diesem gesetzgeberischen Stand der aufgeworfenen Frage ist der Vorwurf einer Ver-

1) Vergl. Schickler Gewerbeordnung § 6 No. 15, 19; Landmann a. a. O. No. 18, 19; Entsch. Reichsger. in Straff. Bd. 6 S. 330, Bd. 16 S. 359 Bd. 23 S. 428, Goltdammer Archiv Bd. 37 S. 374, Olshausen § 367 Ziff. 3 Note g. h., endlich die bei Landmann No. 18 zitierte Rechtsprechung.

letzung der Reichsgesetzgebung, welchen die Revision gegenüber dem vom Vorrichter zur Anwendung gebrachten landesrechtlichen Verbot der öffentlichen Ankündigung von Geheimmitteln bezw. diesen gleichgestellten Stoffen erhoben hat, ohne Begründung und der spezielle Hinweis auf § 1 der R.G.O. erledigt sich schon dadurch, daß die letztere nach § 6 auf den Verkauf von Arzneimitteln überhaupt nur insoweit Anwendung findet als sie ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält, solche aber in diesem Betreff nicht vorliegen.

Endlich ist auch die weitere Rüge der Revision verfehlt, welche die Annahme des Berufungsgerichts, daß Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit im Sinn des zit. Art. 28a genüge, für rechtsirrtümlich erklärt und ein vorsätzliches Handeln als Voraussetzung der Strafbarkeit erfordert. Denn nach Art. 1 des P.St.G. finden die allgemeinen Bestimmungen des R.St.G.B. auch Anwendung auf die im ersteren mit Strafe bedrohten Handlungen und es gelten somit nach der subjektiven Seite der Strafbarkeit dieselben Grundsätze wie für die im 29. Abschnitt des R.St.G.B. behandelten Uebertretungen. Hienach ist soweit nicht für einzelne Uebertretungen ausnahmsweise eine ausdrückliche anderweite Bestimmung vorliegt, ein subjektives die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters begründendes Verschulden erforderlich, es genügt aber, daß dieses Verschulden auch nur auf eine Fahrlässigkeit des Täters zurückzuführen ist, falls nicht aus der betreffenden Strafvorschrift selbst das Erfordernis des Vorsatzes hervorgeht[1]). Eine solche Ausnahme liegt nach dem Wortlaut des Art. 28a hier nicht vor und ist deshalb auch die fahrlässige Uebertretung für strafbar zu erachten, zumal es sich um ein Strafverbot von vorbeugendem, polizeilichem Charakter handelt. Ein fahrlässiges Handeln aber ist vom Vorrichter ohne ersichtlichen Rechtsirrtum vorliegend festge-

1) Olshausen zu Abschnitt 29 N. 2 Abs. 2; zu § 367 Ziff. 3 N. a. Z. 5 N. a. Stenglein zu Abschn. 29 No. 3a, Entsch. R.G. II S. 321, XII 431, Rotering bei Goltdammer Bd. 31 S. 350 ff.

stellt worden und die hiegegen gerichtete Bemängelung der Revision ist unzutreffend. Nach dem angefochtenen Urteil hat zwar der Angeklagte die Annoncenexpeditionsfirma G.L. D. u. Cie. in F. angewiesen, die kritische Annonce nur dort zu veröffentlichen, wo der Inhalt nicht gegen die Landesgesetze verstoße, und auch die Firma D. hatte ihrerseits den Auftrag zur Veröffentlichung unter einer solchen Einschränkung erteilt. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung in subjektiver Richtung darauf gestützt, daß dem Angeklagten von zwei früheren gleichartigen Fällen, in welchen er unter dem 30. Juni 1897 und 18. April 1901 von deutschen Gerichten bestraft worden war, bekannt gewesen sei, daß er sich auf die Sorgfalt eben dieser Annoncenexpedition nicht verlassen dürfe, und wenn er gleichwohl dieser Firma die Auswahl der Zeitungen für die Veröffentlichung der Ankündigung überließ, habe er hiedurch mindestens fahrlässig gehandelt; und durch diese Fahrlässigkeit die ungesetzliche Veröffentlichung im Amtsblatt von B. verursacht. Warum diese auf tatsächlichem Gebiet liegende und insoweit dem Revisionsangriff entzogene Annahme einer culpa in eligendo für den Begriff der kriminellen Fahrlässigkeit nicht genügen sollte, ist umsoweniger abzusehen, als diese Art von Fahrlässigkeit in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung stets als solche anerkannt worden ist und eine strafbare Fahrlässigkeit nach geltenden Rechtsätzen dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß zum Eintritt des dem Gesetz widersprechenden Erfolgs die Fahrlässigkeit einer dritten Person mitgewirkt hat.

Urteil des Strafsenats vom 1. Dezember 1902 in der Revisionssache gegen Ernst Weidemann wegen Uebertretung gegen Art. 28a des P.St.G.

6.

Zum Tatbestand des § 114 St.G.B. Was fällt unter den Begriff Amtshandlung eines Bankkontrolleurs?

Der Angeklagte ist aus § 114 St.G.B. verurteilt worden, weil er es unternommen habe, durch Drohung einen

Beamten zur Vornahme einer Amtshandlung zu nötigen. Die hiegegen in zulässiger Weise eingelegte Revision rügt die Verletzung von Vorschriften des materiellen Rechts. Diese Rüge geht fehl.

Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat der Angeklagte Ende Oktober 1901 die baupolizeiliche Genehmigung zu dem von ihm beabsichtigen Bau zweier Doppelwohnhäuser an der U.str. in R. unter der Bedingung der Einhaltung der allgemeinen sowie der für diesen Fall besonders erteilten Bauvorschriften erhalten und auf seine Anzeige von der Fertigstellung des Rohbaus hat Stadtbaumeister K. daselbst als amtlich bestellter Baukontrolleur am 30. Jan. 1902 die vorgeschriebene Bauschau vorgenommen. Er fand die Mauer- und Wandstärken nicht entsprechend den vorgeschriebenen Maßen hergestellt und verfügte die alsbaldige Einstellung der Arbeiten am Neubau, welche Verfügung vom K. Oberamt R. bestätigt wurde; bei einer zweiten am 13. Febr. vorgenommenen Kontrolle des K. wurde wiederholt derselbe Mangel konstatiert, obgleich der Angeklagte dessen Verbesserung angezeigt hatte. Ehe nun auf den von K. über diesen Befund erstatteten Bericht eine weitere Verfügung des K. Oberamts ergieng, übersandte der Angeklagte ein Schreiben an K. des Inhalts, daß dieser als Baukontrolleur grundlos ihm die Bauarbeiten an der U.str. eingestellt habe und falls er nicht in der Lage sei, durch den Ueberbringer des Schreibens diese Einstellung aufzuheben, so sehe er (Angekl.) sich zur Erhebung einer Privatklage und strafrechtlicher Verfolgung gegen ihn wegen Vergehen im Sinn der §§ 339 und 349 des St G.B. veranlaßt und behalte sich die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 823, 824 des B.G.B. vor.

Nach den Gründen des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte mit dieser Androhung den K. einzuschüchtern und solchermaßen durch ihn eine Aufhebung des Verbots des Weiterbauens herbeizuführen beabsichtigt, und wohl wissend, daß die Zurücknahme des Bauverbots zutreffendenfalls durch

das K. Oberamt zu geschehen habe, auf K. eben in der Richtung einwirken wollen, daß dieser in seiner Eigenschaft als Baukontrolleur durch Stellung eines entsprechenden Antrags bei dem K. Oberamt in dem gedachten Sinn für ihn eintrete. In der hierauf gestützten Annahme eines Vergehens im Sinn des § 114 St.G.B. erblickt die Revision die Verkennung des Begriffs einer „Amtshandlung", da es keinenfalls zu den Amtsobliegenheiten des Baukontrolleurs gehöre, Anträge zu stellen, sondern nur der Baubehörde Anzeigen zu erstatten und ein mit dem Bericht über mangelhafte Bauausführung verbundener Antrag desselben auf Aufhebung des Bauverbots keine weitere Bedeutung hätte, als die entsprechende von einem beliebigen Dritten der Baupolizeibehörde gegenüber gegebene Anregung zu einer wiederholten Prüfung der Frage, ob die Aufrechterhaltung des Bauverbots noch begründet erscheine.

Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Denn nach Art. 92 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 ist die vorschriftsmäßige Ausführung der Bauwesen zunächst von dem damit beauftragten Bauschaumitglied zu beaufsichtigen und nach § 73 der Vollzugsverfügung vom 23. Nov. 1882 hat der Baukontrolleur die Einhaltung der allgemeinen und der im einzelnen Fall erteilten besonderen Bauvorschriften sowie der Bauriſſe nach allen Teilen sorgfältig zu überwachen, nach erhaltener Anzeige von der Beendigung des Rohbaus die Besichtigung vorzunehmen, nach welcher mit dem Bau fortgefahren werden darf, soweit nicht wegen vorgefundener Mängel eine Einstellung desselben angeordnet wird, auch etwaige bei der Bauvisitation zu Tage kommende Mängel ungesäumt zur amtlichen Kenntnis zu bringen, worauf sofort die erforderliche Einleitung zu deren Beseitigung zu treffen ist. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die bezüglichen Berichte eines amtlich bestellten Baukontrolleurs regelmäßig auch die daraus vom Standpunkt des Bauverständigen und der Wahrung der baupolizeilichen Vorschriften sich ergebenden Anträge an den Ortsvorsteher oder an das

K. Oberamt zu enthalten haben. Nicht bloß die Feststellung, sondern auch die Beurteilung vorgefundener Mängel bezüglich ihrer Bedeutung und Tragweite, sowie in Absicht auf die zu ergreifenden Maßregeln, insbesondere in der Richtung, ob eine Einstellung des Baues oder die Aufhebung eines erlassenen Bauverbots gerechtfertigt erscheint, gehört hienach zur Amtsaufgabe des Baukontrolleurs und ob er in Erfüllung dieser Aufgabe nur gutächtlich sich äußert oder einen bestimmten Antrag stellt, ist in der Sache nicht entscheidend und hängt von den jeweiligen Umständen ab, im einen und andern Fall handelt er innerhalb seiner Zuständigkeit und amtlichen Verpflichtung. Hiemit ist der Begriff der Amtshandlung gegeben und hieran ändert der Umstand nichts, daß in solchen das allgemeine Interesse berührenden Angelegenheiten auch jeder dritte zu Anregungen oder Anzeigen gegenüber der zuständigen Behörde befugt ist; denn der von einem amtlich bestellten Baukontrolleur an die Baupolizeibehörde gerichtete Antrag auf Erlassung oder Aufhebung eines Bauverbots wird in Ausübung einer Amts- und Dienstpflicht gestellt und es kommt ihm eine hierauf beruhende autoritative Bedeutung zu, was bei dem seitens eines beliebigen dritten gestellten Antrag in keiner Weise zutrifft. Ein ähnlicher Unterschied liegt vor, wenn ein Landjäger oder sonstiger Angehöriger des Polizei- und Sicherheitsdienstes die Anzeige über eine strafbare Handlung an eine Justizbehörde erstattet und wenn ein dritter kraft des jedem Staatsbürger zustehenden Rechts eine strafbare Handlung bei der zuständigen Behörde zur Anzeige bringt. Im ersten Fall liegt auf Seite des Anzeigenden eine Amtshandlung vor, im zweiten nicht. Hienach ist auch die Berufung des Revisionsklägers auf die in Band 18 S. 350 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen verfehlt, da es sich dort um die einem jeden Staatsbürger gleichmäßig obliegende Pflicht der Zeugnisablegung vor Gericht handelt, während hier die Handlung eines Beamten in Frage steht, welche dieser in Gemäßheit seiner besonderen Amtsobliegen-

heit und innerhalb seiner Zuständigkeit vorzunehmen hätte.

Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei eine Amtshandlung gewesen, zu welcher der Angeklagte durch seine Zuschrift an den Baukontrolleur diesen nötigen wollte, erscheint daher in keiner Weise rechtsirrtümlich und in der Feststellung, daß der Angeklagte durch die in der Zuschrift enthaltene Androhung eine Einschüchterung des Baukontrolleurs und eine Einwirkung auf ihn in dem Sinn beabsichtigt habe, daß dieser für ihn durch Stellung eines Antrags auf Zurücknahme des Bauverbots bei dem K. Oberamt eintrete, liegt zugleich ausgesprochen, daß er die Androhung für wirksam oder mindestens für geeignet hielt, den angestrebten Erfolg herbeizuführen. Die Inaussichtstellung einer strafgerichtlichen Verfolgung aber, wie sie die Zuschrift neben derjenigen einer Erhebung von Schadensersatzansprüchen enthält, ist unzweifelhaft eine Drohung im Sinn des § 114 St.G.B., d. h. die Androhung eines Uebels, um den anderen in eine seine Willensfreiheit beschränkende Furcht zu versetzen.

Hiemit sind die sämtlichen Tatbestandsmerkmale eines Vergehens im Sinn des § 114 St.G.B. zureichend und rechtlich einwandfrei festgestellt und war sonach dem eingelegten Rechtsmittel der Erfolg zu versagen.

Urteil vom 4. Juli 1902 in der Strafsache gegen Georg Fr. Ricker in Pfullingen wegen Vergehens im Sinn des § 114 St.G.B.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Streit über das Nichtbestehen einer öffentlichen Wegelast (Nichtbestehen eines Gänseübertriebsrechts).

Kläger ist Eigentümer eines auf der Markung Harthausen Gde. Nordhausen O.A. Ellwangen gelegenen Hofguts. Die Markung Harthausen grenzt östlich an die Markung Zipplingen, westlich an die Markung Unterschneidheim. Durch die Markung Harthausen zieht sich (nördlich an den Häusern der Parteien vorbei) ein Weg; er beginnt im Osten an der Grenze gegen die Markung Zipplingen und verläuft zunächst auf der dem Kl. gehörigen Parzelle 96 als ein mit einem Steinkörper versehener etwa 3 Meter breiter Fahrweg. Gegen das Ende der Parzelle 96 mündet von Norden her ein von Nordhausen kommender Feldweg in diesen Fahrweg ein. Von der westlichen Grenze der Parzelle 96 an ist der Fahrweg bis zum Eingang in den Hof des Kl. — bei der Einmündung des von Norden kommenden Feldwegs Nr. 3 — eine chaussierte Straße mit einer Fahrbahn von 3 Meter Breite; von da an bis zur Markungsgrenze Unterschneidheim ist der Weg (Feldweg Nr. 1) ein bloßer Erdweg ohne Steinkörper, in der Hauptsache ein Hohlweg. Bald nach der Einmündung des Feldwegs Nr. 3 mündet von Süden der Feldweg Nr. 2 in den Feldweg Nr. 1 ein.

Der Klagantrag, wie er im Verfahren vor der K. Kreis-

regierung in Ellwangen schließlich gestellt worden ist, ging dahin: zu erkennen, daß dem Bekl. kein Recht zustehe, über den Weg vom Hof Harthausen von der Einmündung des Wegs Nr. 2 in den Weg Nr. 1 bis an die Grenze der Markung Unterschneidheim Gänse zu treiben. Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt und die K. Kreisregierung hat am 30. Dezember 1902 auf Klageabweisung erkannt.

Die von dem Kl. erhobene Berufung wurde zurückgewiesen.

Gründe:

I. Nach Art. 10 Ziff. 21 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gehören vor die Verwaltungsgerichte „Streitigkeiten, welche betreffen: das von einer Gemeinde oder von einzelnen in Anspruch genommene Recht auf Benützung eines öffentlichen Wegs einschließlich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs zukommt". Die Parteien streiten darüber, ob dem Weg Nr. 1 des Lageplans [41] K.R. die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs zukommt und ob hieraus ein Recht des Bekl. folgt, Gänse auf diesem Weg zu treiben. Insoweit ist daher für den vorliegenden Rechtsstreit die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet. Dagegen haben diese darüber nicht zu entscheiden, ob dem Bekl. (auch) kraft Miteigentums an dem Grund und Boden des Wegs das Recht zusteht, ihn zum Gänsetrieb zu benützen.

II. Kl. wäre zur Geltendmachung des erhobenen Anspruchs nicht befugt, falls er nicht Eigentümer oder mindestens Miteigentümer des Bodens des in Rede stehenden Wegs Nr. 1 wäre. Es bedarf aber keiner Entscheidung darüber, ob ihm ein solches Recht an dem Wegboden in der Tat zusteht. Denn auch wenn diese Frage zu bejahen ist, stellt sich der erhobene Anspruch doch als unbegründet dar.

III. Steht der Weg Nr. 1 im Eigentum (oder Miteigentum) des Klägers, so kann er ein „öffentlicher Weg" nur in dem Sinn sein, daß gewissen Berechtigten (Gemeinden) oder der Allgemeinheit kraft öffentlichen Rechts die Be-

fugnis zusteht, den Weg zu benützen, also eine öffentlich-rechtliche Wegdienstbarkeit auf dem Eigentum des Kl. an dem Weg lastet.

Bekl. behauptet, ein öffentlicher Weg in diesem Sinn liege vor, indem er geltend gemacht hat, der Weg Nr. 1 sei ein seit Menschengedenken bestehender öffentlicher Verbindungsweg von Unterschneidheim über Harthausen auf die Straße Nordhausen-Zipplingen.

Die unvordenkliche Verjährung ersetzt einen öffentlich-rechtlichen Titel namentlich bei der Inanspruchnahme von Weg- (und Wassernutzungs-)Rechten; hieran hat das — auf das öffentliche Recht sich überhaupt nicht beziehende (vergl. Art. 55 E.G.) — B.G.B. nichts geändert. Daß der von der „Verjährung öffentlich rechtlicher Ansprüche" handelnde Art. 141 A.G. zum B.G.B. die unvordenkliche Verjährung überhaupt nicht berührt, bedarf keiner Ausführung.

Wenn Kl. meint, für ein Recht des Bekl., den Weg Nr. 1 zum Gänsetrieb zu benützen, sei gemäß Art. 9 des Gesetzes vom 26. März 1873, betreffend die Ausübung und Ablösung der Weiderechte auf landwirtschaftlichen Grundstücken u. s. w. ein Erkenntnis des Gemeinderats erforderlich, so ist das irrig: ein solches Erkenntnis ist nach diesem Gesetzesartikel nur erforderlich für Offenhaltung eines Triebwegs auf den Gewänden (Anwanden), nicht aber für Benützung einer ohnehin als abgegrenzter Weg sich darstellenden Bodenfläche, wie dies der Weg Nr. 1 ist. Auch um ein Ueberfahrtsrecht im Sinne des Gesetzes vom 26. März 1862, das der Kl. erwähnt hat, handelt es sich nicht, nämlich um das Recht, (mit Wägen) vom herrschenden Grundstück — ohne eigentlichen Weg — über das dienende zu fahren; denn wie eben bemerkt steht im vorliegenden Fall die Benützung einer ausschließlich als Weg dienenden, als solcher besonders abgegrenzten Bodenfläche in Frage; übrigens stände das Gesetz vom 26. März 1862 der Berufung des Bekl. auf unvordenkliche Verjährung nicht entgegen.

IV. Daß der Weg Nr. 1 ein öffentlicher Weg in dem

oben bezeichneten Sinn ist, erscheint nachgewiesen. Er bildet eine gegen die nördlich und südlich anstoßenden Grundstücke durch Marksteine abgegrenzte Fläche, von Westen her die Fortsetzung des im Lageplan |41 K.R. als „Vizinalweg Nr. 3 von Unterschneidheim nach Harthausen und Zipplingen" bezeichneten Wegs; er stellt in seiner (im vorliegenden Rechtsstreit nicht unmittelbar in Betracht kommenden) Fortsetzung nach Osten von der Einmündung des Feldwegs Nr. 3 bis zur Grenze der Parzelle 96 eine chaussierte Straße mit einer Fahrbahn von 3 Meter Breite dar; er ist — zusammen mit dieser Fortsetzung — im Primärkataster als „Weg von Harthausen nach Unterschneidheim" bezeichnet und bildet für die Besitzer der Höfe und Häuser von Harthausen einerseits und die Einwohner von Unterschneidheim andererseits die natürliche und einzige unmittelbare Verbindung und in seiner Fortsetzung über Parzelle 96 den geraden und nächsten Weg nach Zipplingen. All dies spricht entschieden dafür, daß es sich hier um einen der allgemeinen Benützung der umliegenden Gemeinden wie der Bewohner von Harthausen dienenden öffentlichen Weg handelt. Die Entscheidungen, die in den Vorprozessen ergangen sind, die der Kläger gegen B., den Beklagten und andere geführt hat, sind für die zur Entscheidung stehende Frage durchaus bedeutungslos, weil dabei die Benützung dieses Wegs überhaupt nie in Frage stand.

Dafür, daß der fragliche Weg als öffentlicher Weg seit Menschengedenken benützt worden ist, sprechen denn auch die schriftlichen Aeußerungen der Gemeinderäte von Nordhausen, Unterschneidheim und Zipplingen, wie die eidlichen Aussagen der Schultheißen dieser Gemeinden und der Nordhauser Gemeinderäte . . . . . .; etwas Gegenteiliges ergibt sich überhaupt aus keiner Zeugenaussage. Der Weg ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme von alters her benützt worden zum Gehen, Fahren (mit Kies- und Ziegelfuhren) und Viehtreiben und zwar von Bewohnern von Harthausen, Nordhausen, Unterschneidheim, Zipplingen, Walxheim und vielleicht von weiteren Orten. Die Berufungsbegrün-

dung hat denn auch die Tatsache einer solchen Benützung nicht (ausdrücklich) in Abrede gezogen; aber sie betont, die fortwährende Benützung müsse sich als Rechtsausübung darstellen, wenn das Bestehen des behaupteten Rechts dadurch dargetan werden solle. Allein in dieser Hinsicht muß es genügen, wenn — wie dies im vorliegenden Fall zutrifft — nach Lage der Sache nicht angezeigt ist, daß die den Weg Benützenden dies heimlich oder gegen den erkennbar kundgegebenen Willen des Eigentümers oder auf Grund einer Vergünstigung des Eigentümers getan haben, und wenn die Benützenden, wie dies die Zeugenaussagen ergeben haben, entweder ohne weiteres davon ausgegangen sind, sie seien diesen Weg als einen öffentlichen Weg zu benützen berechtigt, oder sich überhaupt keine Gedanken über ihre Berechtigung, den Weg zu benützen, gemacht haben, sondern ihn eben begingen und befuhren, weil man es nicht anders wußte und der Weg sich äußerlich als ein jedermanns Gebrauch offenstehender darstellte.

V. Ist aber erwiesen, daß der Weg Nr. 1 allgemein und jedenfalls von den Bewohnern Harthausens und der umliegenden Ortschaften als ein öffentlicher Weg zum Begehen, Befahren und Viehtreiben benützt worden ist, und ist demgemäß das (unterstellte) Eigentum des Klägers an dem Wegboden mit einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit belastet, so ist davon auszugehen, daß der Weg in jeder bei derartigen Wegen auf dem Land üblichen Weise benützt werden darf, also auch zum Gänsetreiben, selbst wenn nicht dargetan sein sollte, daß gerade auch diese bestimmte Benützungsart schon seit unvordenklicher Zeit in Rechtsausübungsabsicht darauf stattgefunden hat: auf der betreffenden Bodenfläche ruht eben die Last, als öffentlicher Weg benützt werden zu dürfen, also auf alle bei solchen Wegen übliche Weise, somit auch zum Gänsetreiben, das — wie die Zeugenaussagen ergeben haben, in der Gegend von Harthausen jedenfalls nichts Unbekanntes ist. Einzelne Zeugen haben denn auch angegeben, daß Leute aus Unterschneidheim und

Leute unbekannter Herkunft Gänse auf dem Weg getrieben haben. Von der Verwertung der unbeeidigten Zeugenaussagen der Mutter und der Geschwister des Beklagten kann bei dieser Sachlage völlig abgesehen werden . . .

Urteil vom 22./29. April 1903 in der B.S. Jaumann gegen Erhardt.

2.

Unanfechtbarkeit des auf Grund der Gewerbeordnung ergangenen Rekursbescheids der Kreisregierung, wodurch die Erlaubnis zum Betrieb der Schankwirtschaft versagt wurde[1]).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

I. Der Beschwerdeführer ist mit seinem Gesuch um die Erlaubnis zum Betrieb der Schankwirtschaft vom K. Oberamt Crailsheim mit Bescheid vom 5. Juni 1902 wegen mangelnden Bedürfnisses abgewiesen worden. Den von ihm gegen den oberamtlichen Bescheid erhobenen Rekurs hat die K. Regierung des Jagstkreises am 24. Oktober 1902 als unbegründet verworfen. Eine gegen den Rekursbescheid der Kreisregierung bei dem K. Ministerium des Innern eingelegte Beschwerde ist von dieser Behörde mit Erlaß vom 18. Dezember 1902 als unzulässig abgewiesen worden. Gegen diese letztere Entscheidung richtet sich die vorliegende, fristzeitig erhobene Rechtsbeschwerde, welche sich darauf gründet, daß nach dem geltenden Recht gegen einen die Genehmigung zum Wirtschaftsbetrieb versagenden Rekursbescheid der Kreisregierung die Verwaltungsbeschwerde an das Ministerium des Innern und gegen dessen Entscheidung die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Platz greife, und des weiteren darzutun versucht, daß die Versagung der nachgesuchten Genehmigung zu Unrecht erfolgt sei.

1) Vergl. W. Jahrb. VII S. 369.

II. Die erhobene Rechtsbeschwerde ist als unstatthaft zurückzuweisen. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Erhebung der Rechtsbeschwerde in denjenigen Angelegenheiten, auf welche die §§ 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung finden, bisher konstant für unstatthaft erklärt und an dieser Rechtsanschauung auch gegenüber den abweichenden Entscheidungen des K. Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 30. Mai 1876 (Entscheidungen I S. 280) und des K. Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 9. Dezember 1879 (Entscheidungen I S. 12) festgehalten (zu vergl. Amtsbl. des Ministeriums des Innern 1879 S. 342, 1882 S. 324, 1885 S. 332).

Der Verwaltungsgerichtshof erachtet es auch jetzt nach wiederholter eingehender Prüfung der Rechtsfrage für sehr zweifelhaft, ob mit den reichsgesetzlichen Bestimmungen in § 20, 21 der Gewerbeordnung die landesrechtliche Zulassung einer nochmaligen Verwaltungsbeschwerde gegen den Rekursbescheid und einer verwaltungsgerichtlichen Rechtsbeschwerde gegen die auf die nochmalige Verwaltungsbeschwerde ergehende Entscheidung vereinbar ist.

Die in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 30. September 1885 (Amtsbl. des Ministeriums des Innern 1885 S. 332) näher begründete Rechtsanschauung, daß nach reichsgesetzlicher Vorschrift in den Fällen der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung gegen die Entscheidung der Rekursinstanz keine weitere Beschwerde zulässig sei, stützt sich auf die Worte in § 20 des Gesetzes: „Gegen den Bescheid ist Rekurs an die nächst vorgesetzte Behörde zulässig". Es wird zugegeben, daß dieser Wortlaut der Bestimmung nicht mit Notwendigkeit zu der hier vertretenen Auslegung führt, weil das Wort „nur" darin fehlt, es wird aber die Richtigkeit dieser Auslegung aus dem Zusammenhalt mit § 21 und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes darzulegen versucht. Die hervorgehobenen Worte können an sich einen zweifachen Sinn haben. Sie können dahin verstanden werden, daß über Rekurse im Sinne der §§ 20, 21 stets

diejenige Behörde zu entscheiden habe, welche der in erster Instanz entscheidenden Behörde unmittelbar vorgesetzt ist, daß also keine etwa vorhandene Zwischeninstanz übersprungen werden dürfe. Gegen diese Auslegung erhebt sich aber das Bedenken, daß sie mit dem ersten Satze des § 21, welcher die näheren Bestimmungen über die Behörden, sowohl in der ersten als in der Rekursinstanz, den Landesgesetzen vorbehält, nicht wohl vereinbar ist. Denn wenn als Rekursinstanz stets die der ersten Instanz nach der landesrechtlich bestehenden Behördenorganisation unmittelbar vorgesetzte Behörde zu fungieren hätte, so bliebe für eine landesgesetzliche Bestimmung über diese Behörde kein Raum übrig. Man ist daher zu der Annahme genötigt, daß der Landesgesetzgebung die freie Bestimmung darüber zusteht, welche Behörde *in Beziehung auf die hier vorliegenden Angelegenheiten* die der ersten Instanz „nächst vorgesetzte Behörde" sein soll, und daß sie nicht gehindert ist, bei dieser Bestimmung eine sonst etwa vorhandene Zwischeninstanz zu überspringen. Diese letztere Auffassung, für welche sich auch v. Landmann in seinem Kommentar zur Gewerbeordnung (Anm. 3 zu § 20) ausgesprochen hat, hat in Art. 14 des württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 praktische Anerkennung und Anwendung gefunden.

Kann man die hervorgehobenen Worte nicht in dem eben erörterten Sinn auffassen, so bleibt nur übrig, sie dahin zu verstehen, daß der Rekurs nur an die in Beziehung auf den betreffenden Gegenstand nächst vorgesetzte, nicht aber an eine weitere Behörde zulässig sei, m. a. W. daß gegen die Entscheidung der ersten Instanz nur ein einmaliger Rekurs zugelassen ist. Für diese Auslegung spricht vor allem die Bemerkung in den Motiven zu § 17—28 des Entwurfs der Gewerbeordnung von 1869 (Stenogr. Berichte des norddeutschen Reichstags 1869 Anl. Band S. 115), daß der Entwurf die Erledigung aller nicht privatrechtlichen Einwendungen unter Herstellung eines geordneten Instanzenzugs

zum Abschluß zu bringen beabsichtige. Mit dieser Absicht ist die Zulassung beliebiger weiterer Instanzen durch Landesgesetz kaum vereinbar. Für jene Auslegung spricht weiterhin der Umstand, daß der Entwurf von 1869 gegenüber dem Beschluß der Reichstagskommission von 1868, welcher die Rekursfrist auf 4 Wochen verlängern wollte, an der 14tägigen Frist festhält und diese Haltung mit der Absicht begründet, „durch möglichste Abkürzung des Verfahrens und der Fristen die Verzögerung, welche der Beginn des Baues durch das Konzessionsverfahren unvermeidlich erleidet, auf das zulässig geringste Maß einzuschränken" (a. a. O. S. 116). Nichts wäre der Durchführung der hier bekundeten Absicht hinderlicher, als die landesgesetzliche Zulassung weiterer Instanzen, durch welche das Konzessionsverfahren aufs unbestimmte verlängert werden könnte. Dem gegenüber wäre die Frage, ob die reichsgesetzliche Rekursfrist auf 2 oder 4 Wochen festgesetzt werden solle, von untergeordneter Bedeutung gewesen und wäre kaum Grund vorgelegen, an der 14tägigen Frist des Entwurfs mit dem Nachdruck, wie es geschehen ist, festzuhalten. Wohl zu beachten ist endlich, daß, während der von der Zurücknahme einer Approbation ꝛc. handelnde § 52 des Entwurfs von 1869 die näheren Bestimmungen über das Verfahren und die zulässigen Rechtsmittel den Landesgesetzen vorbehält, in § 21 Abs. 2 des Entwurfs ein solcher Vorbehalt nur für die Bestimmungen über das Verfahren enthalten ist. Die verschiedene Fassung der beiderlei Bestimmungen erklärt sich ganz natürlich aus der Absicht des Entwurfs, den Rechtsmittelzug in den Fällen des § 21 erschöpfend zu regeln, während bei der entgegengesetzten Auslegung eine Willkürlichkeit in der Formulierung des Entwurfs angenommen werden muß, welche bei einem derartigen Gesetzgebungswerk nicht ohne zwingenden Grund unterstellt werden darf. Für die Auslegung des geltenden Gesetzes kommt aber nur der § 21, nicht der § 52 des Entwurfs in Betracht.

Die Reichstagsverhandlungen über den Entwurf können gegen die hier vertretene Anschauung nicht verwertet werden. Die Reichstagskommission von 1868 hat den Inhalt des Entwurfs nur mit anderen und (wie zugegeben ist) deutlicheren Worten zum Ausdruck gebracht, wenn sie im ersten Satze die Worte „an die nächst vorgesetzte Behörde" strich und dafür am Schluß beifügte: „Ein weiterer Rekurs gegen denselben (den Rekursbescheid) ist nicht zulässig." In diesem Sinne ist der Beschluß offenbar auch von den verbündeten Regierungen aufgefaßt worden: denn in den Motiven zu § 18 bis 22 des Entwurfs von 1869, in welchen die wesentlichen Abweichungen zwischen dem Entwurf von 1868 und den Beschlüssen der Reichstagskommission im einzelnen aufgeführt und erörtert sind, ist jenes Punktes mit keinem Worte gedacht. Wenn es in der Absicht der Regierungen gelegen wäre, die Frage der Zulassung einer weiteren Beschwerde gegen den Rekursbescheid aus dem Kreise der reichsgesetzlich festzustellenden Grundsätze auszuscheiden, so wäre in diesem Punkte eine wesentliche Differenz zwischen dem Entwurf von 1868 und dem Beschluß der Reichstagskommission vorgelegen und hätten die Regierungen allen Anlaß gehabt, ihren abweichenden Standpunkt in den Motiven des Entwurfs von 1869 zum Ausdruck zu bringen und zu begründen. Das vollständige Stillschweigen der Motive über den Punkt weist daher im Gegenteil darauf hin, daß die Regierungen in dem Beschluß der Kommission über jenen Punkt eine materielle Abweichung von der Regierungsvorlage nicht erblickten.

Auch der bei den Reichstagsverhandlungen von 1869 gestellte Antrag Runge-v. Hennig, welcher im dritten Absatz einen weiteren Rekurs auf Grund der behaupteten Aktenwidrigkeit zulassen wollte, hatte konsequenterweise im ersten Absatz die Worte „an die nächst vorgesetzte Behörde" weggelassen, offenbar in der Annahme, daß die gestrichenen Worte mit dem Inhalt des dritten Absatzes im Widerspruch stehen würden. Dabei gingen die Antragsteller, wie von

dem Abgeordneten Lasker in der Sitzung vom 9. April 1869 (Stenograph. Berichte des Reichstags 1869 1. Prot. Bd. S. 278 ff.) näher ausgeführt wurde, von der Voraussetzung aus, daß in Preußen die Bezirksregierungen die kollegialisch organisierte zweite Instanz zu bilden hätten und deren Entscheidungen vom Ministerium einer Nachprüfung auf Grund der Akten zu unterziehen wären. Die vom Präsidenten des Bundeskanzleramts gegebene Darlegung, daß die ebenbemerkte Voraussetzung nicht zutreffe, die Verhältnisse in Preußen vielmehr dazu nötigen, als erste Instanz die Regierungen und als zweite das Ministerium zu belassen (a. a. O. S. 277), hatte schließlich die Folge, daß der Antrag Runge-v. Hennig durch den Antrag Lasker (Nr. 85 der Drucksachen) ersetzt wurde, welcher von der Zulassung einer dritten Instanz absah und den § 21 Abs. 1 des Entwurfs unverändert beließ. Eine unbefangene Betrachtung kann nicht verkennen, daß damit der Antragsteller und, ihm folgend, der Reichstag, welcher dem Antrag zustimmte, auf die Zulassung einer dritten Instanz verzichtet und den Entwurf in dem kritischen Punkte in dem Sinne angenommen hat, in welchem er von den verbündeten Regierungen eingebracht war. Es mag zutreffen, daß diese Stellungnahme des Reichstags durch die Erwägung beeinflußt worden ist, daß nach den vom Bundesratstisch gegebenen Erklärungen eine landesgesetzlich zuzulassende dritte Instanz für Preußen gegenstandslos wäre. Allein für den Sinn und Inhalt des gefaßten Beschlusses ist dieses Motiv ohne Bedeutung. Hätte der Reichstag auf die Zulassung der dritten Instanz irgend ein Gewicht gelegt, so wäre zur Wiederaufnahme des hierauf bezüglichen Antrags genügende Veranlassung vorgelegen, nachdem in der Sitzung vom 10. April 1869 darauf hingewiesen worden war, daß in anderen Bundesstaaten eine andere Ordnung der Zuständigkeitsverhältnisse in Frage kommen werde, als in Preußen, und nachdem diesem Umstand durch die Abänderung des Antrags Lasker im Sinne des Amendements Fries Rechnung getragen worden war, wonach es den Landesgesetzen über-

lassen wurde, ob sie die Garantien einer unparteiischen und sachgemäßen Entscheidung (kollegiale Organisation der Behörde, Gehör der Parteien, Öffentlichkeit der Verhandlung) in der ersten oder in der Rekursinstanz gewähren wollten (a. a. O. S. 295, 297 ff.). Allein von keiner Seite wurde auch nur der Versuch gemacht, auf jene Frage zurückzukommen.

Die für die gegenteilige Auslegung des Gesetzes verwerteten Aeußerungen einzelner Reichstagsabgeordneten beziehen sich, im Zusammenhang aufgefaßt, nur auf die Frage, ob die von ihnen für erforderlich erachteten Garantien einer sachgemäßen Entscheidung in die erste oder in die Rekursinstanz verlegt werden sollten, und haben auf die hier vorliegende Frage, ob landesgesetzlich weitere Beschwerdeinstanzen eingeführt werden können, keinen Bezug. Es ist daher nicht zutreffend, wenn daraus der Schluß gezogen wird, es habe reichsgesetzlich nur ein Mindestmaß von Garantien für eine sachgemäße Behandlung geschaffen werden wollen, das durch die landesgesetzliche Zulassung weiterer Instanzen beliebig vermehrt werden könne. So wenig es sich bestreiten läßt, daß die Schaffung derartiger Garantien bei den Verhandlungen des Reichstags im Vordergrund des Interesses stand, so unrichtig wäre es, diesen an sich zutreffenden Gesichtspunkt als den allein maßgebenden zu betrachten und die in den Motiven so bestimmt ausgesprochene Absicht der möglichsten Abkürzung des Verfahrens und der abschließenden Erledigung der Konzessionsgesuche und der dagegen erhobenen Einwendungen zu übersehen.

Die Verwerfung der hier vertretenen Auslegung würde zu dem Ergebnis führen, daß den Worten „an die nächst vorgesetzte Behörde“ überhaupt keine Bedeutung zukomme. Nun ist es aber schon im allgemeinen mißlich und ohne zwingenden Grund nicht statthaft anzunehmen, daß der Gesetzgeber etwas Bedeutungsloses gesagt habe, und stehen einer solchen Annahme im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Inhalt der Motive zum Gesetzesentwurf und auf den Ver-

lauf der parlamentarischen Verhandlungen über denselben noch Bedenken besonderer Art entgegen.

Im Einklang hiemit haben die in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Ausführungsvorschriften ursprünglich fast ausnahmslos von der Eröffnung einer dritten Instanz abgesehen und zum großen Teile den Instanzenzug als einen schon durch die Gewerbeordnung beschränkten mehr oder weniger deutlich anerkannt (zu vergl. die in der Entscheidung des K. Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 30. Mai 1876 auf S. 286/7 gegebenen Nachweise). Insbesondere liegt diese Anschauung den württemb. Ausführungsvorschriften (§ 1 und 18 Abs. 2 der Ministerialverfügung B vom 14. Dezember 1871, Reg.Bl. S. 350, § 6 Ziff. 7 der K. Verordnung vom 19. Juni 1873, Reg.Bl. S. 251) zu Grunde. Von der gleichen Anschauung gingen, wie die Entscheidung des K. Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 9. Dezember 1879 S. 14 erkennen läßt, Regierung und Volksvertretung in Bayern bei der Erlassung des bayerischen Gesetzes vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs betreffend, aus (zu vergl. Art. 8 Ziff. 8 und Art. 9 Abs. 3 dieses Gesetzes). Erst nachdem sich das K. Preußische Oberverwaltungsgericht mit seiner Entscheidung vom 30. Mai 1876 auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt hatte, wurde in Preußen und zwar erstmals durch das Zuständigkeitsgesetz vom 26. Juli 1876 die Anfechtung der auf Grund der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung ergangenen Rekursbescheide mittels der Revision im Verwaltungsstreitverfahren für zulässig erklärt. Der Umfang dieses Rechtsmittels wurde jedoch durch das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 wesentlich eingeschränkt, namentlich wurden durch § 114 dieses Gesetzes die Entscheidungen des Bezirksausschusses über die Erteilung von Wirtschaftskonzessionen für endgültig erklärt. Neuestens hat auch noch das K. sächsische Gesetz vom 19. Juli 1900 über die Verwaltungsrechtspflege die Frage, ob in den nach §§ 20, 21 der Gewerbeordnung zu behandelnden Angelegenheiten die Entscheidung der zweiten Instanz endgültig sei, obgleich zu-

vor die sächsische Praxis die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die zweitinstanzlichen Entscheidungen zugelassen hatte, nicht positiv gelöst, sondern der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts überlassen, für welche Ansicht sie sich entscheiden wolle, soweit nicht in den Fällen dieser Art die Anfechtungsklage schon nach § 75 Ziff. 4 des Gesetzes ausgeschlossen sei [1]).

III. Es ist zuzugeben, daß die unter Ziffer II. erörterten Bedenken gegenüber der Zulassung einer Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 des württemb. Gesetzes vom 16. Dezember 1876 vielleicht weniger zutreffen würden, weil die Rechtsbeschwerde kein Rechtsmittel in dem Sinne ist, daß der Verwaltungsgerichtshof die höhere Instanz gegenüber den Verwaltungsbehörden bilden würde, weil es sich dabei vielmehr um die Anrufung einer neben den Verwaltungsbehörden stehenden Rechtskontrollinstanz handelt, deren Tätigkeit regelmäßig erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn die Angelegenheit in der Instanz der Verwaltung zum Abschluß gebracht ist. Der Verwaltungsgerichtshof kann jedoch ähnlich wie in dem durch das Urteil vom 3. Juli 1895 entschiedenen Fall, in welchem die Rechtsbeschwerde unmittelbar gegen den Rekursbescheid der Kreisregierung erhoben worden war (Württ. Jahrbücher VII S. 369), von einer Entscheidung der Frage absehen, ob mit den reichsgesetzlichen Bestimmungen in §§ 20, 21 der Gewerbeordnung die landesrechtliche Zulassung einer weiteren Beschwerde, womit die Rekursbescheide der Kreisregierungen bei dem Ministerium anfechtbar wären, und sodann die verwaltungsgerichtliche Rechtsbeschwerde gegen die auf solche Beschwerden ergehenden Ministerialentscheidungen verträglich ist. Denn jedenfalls ist landesgesetzlich die Regelung des Instanzenzugs in Ge-

1) Apelt, Verwaltungsrechtspflege, Handausgabe S. 235; vergl. nun aber die die Zulässigkeit der Anfechtungsklage bejahende Entscheidung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 25. August 1902 in dem jüngst erschienenen Heft 2 der Jahrbücher desselben Bd. III. S. 140.

werbesachen auf Grund des § 21 der Gewerbeordnung in der Weise erfolgt, daß gegen den Rekursbescheid der Kreisregierung weitere Verwaltungsbeschwerde an das Ministerium nicht stattfindet und folgeweise auch eine verwaltungsgerichtliche Rechtsbeschwerde gegen eine auf eine solche Verwaltungsbeschwerde ergehende Ministerialentscheidung nicht stattfinden kann. Die gesetzgebenden Faktoren sind allerdings bei der Verabschiedung des Gesetzes vom 16. Dezbr. 1876 davon ausgegangen, daß nach allgemein anerkannter Rechtsansicht die Gewerbeordnung dem Landesrecht für die der Rekursinstanz unterliegenden Fälle die Gewährung eines weiteren Rechtsmittels gegen den Rekursbescheid nicht gestatte, allein aus den Materialien des Gesetzes und dem Gesetze selbst ergibt sich deutlich, daß die gesetzgebenden Faktoren, indem sie ausnahmsweise für die Fälle der Zurücknahme einer der in § 53 der Gewerbeordnung gedachten Approbationen, Genehmigungen und Bestallungen gegen die erstinstanzlichen Bescheide der Kreisregierungen nach Maßgabe der Art. 14, 59 Abs. 1 und 60 Abs. 1 die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zuließen, das Auskunftsmittel des Art. 14, den Verwaltungsgerichtshof für die Rekursinstanz der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung zu erklären, mit gutem Bedacht, weil sie des weiteren ein Bedürfnis nicht anerkannten, nicht in weiterem Umfang ergriffen haben, wiewohl kein rechtliches Hindernis gegen die Ausdehnung dieser Ausnahmebestimmung, wenn das Bestehen verwaltungsgerichtlich zu schützender subjektiver Rechte auch sonst anerkannt werden wollte, bestand und den gesetzgebenden Faktoren auch das Nichtbestehen eines rechtlichen Hindernisses unter dieser Voraussetzung nicht zweifelhaft war.

Aus Anlaß der Beratung des § 18 des Rechenschaftsberichts des ständischen Ausschusses vom 20. Oktober 1873, betr. die K. Verordnung vom 19. Juni 1873 bezüglich des Verfahrens in Gewerbesachen, war von den Ständen mit Adresse vom 28. Januar / 13. Juni 1874 an die K. Regierung die Bitte um Einleitung zu gesetzlicher Regelung des

Verfahrens, sowie der Zuständigkeit der Behörden gerichtet worden. Der Beschluß der Kammer der Abgeordneten war auf den Bericht ihrer staatsrechtlichen Kommission gefaßt worden: der eingehende Kommissionsbericht führt den § 155 der Gewerbeordnung an, wonach, wo in diesem Gesetz auf die Landesgesetze verwiesen ist, unter den letzteren auch die verfassungs- oder gesetzmäßig erlassenen Verordnungen verstanden sind, legt dar (wie dies bereits in der Sitzung der Kammer vom 21. November 1873 von dem Staatsminister des Innern geschehen war), daß schon bisher in Gewerbesachen, insoweit nicht gesetzliche Vorschriften vorliegen, sowohl das Verfahren als auch die Zuständigkeit der Behörden im Verordnungswege geordnet und weiter gebildet worden sei, und kommt zu dem Schlusse, es liege kein Grund vor, die Rechtsgültigkeit und Rechtsbeständigkeit der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 zu beanstanden, es sei aber gleichwohl die gesetzliche Regelung wünschenswert (Verh. d. K. d. Abg. 1870/74, I. Beil. Bd. 4. Abt. S. 2111 ff., VIII. Prot. Bd. S. 4748, IX. Prot. Bd. S. 5290 ff.). Bei der Kommissionsberatung der Kammer der Standesherren hatte der Berichterstatter gegen den Inhalt der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 Bedenken in der Richtung geäußert, daß im Verordnungswege eine Beschränkung der Instanzen nach unten, nicht nach oben habe verfügt werden können, während die beiden Instanzen der Gewerbeordnung dadurch geschaffen werden können, daß in erster Instanz das Ministerium, als Rekursinstanz der Geheime Rat, die damalige Administrativjustizbehörde, zu entscheiden hätte. Diesen Bedenken wurde weder vom Berichterstatter selbst noch von anderer Seite eine Folge gegeben. Dagegen ist in dem Kommissionsbericht der Kammer der Standesherren zu dem Gesetz vom 16. Dezember 1876 bei dem Antrag auf Annahme des Art. 15 des Entwurfs (Art. 14 des Gesetzes) auf die Beratung der §§ 17 und 18 des Rechenschaftsberichts vom 29. Oktober 1872, worüber früher schon ein Bericht erstattet worden war, und des § 18 des Rechenschaftsberichts vom

20. Oktober 1873 (Verh. d. Kr. d. Standesh. 1870/74, II. Beil. Bd. S. 1137, 1148, II. Prot. Bd. S. 1517) mit dem Bemerken hingewiesen, daß damals diese Kammer sich für die Erhaltung der Geheimen Rats-Instanz unter ähnlichen Verhältnissen ausgesprochen habe (Verh. d. K. d. Standesh. 1875/76, Beil. Bd. S. 372).

Zu den Worten des Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 „ausschließlich des Erkenntnisses über die nach Maßgabe der bestehenden besonderen Vorschriften zu behandelnden Gesuche um die Erteilung der Genehmigung zur Errichtung oder Veränderung von Wasserwerken" ist in den Motiven gesagt: In Beziehung auf die Behandlung dieser Gesuche bestehen besondere, teils in der Gewerbeordnung, teils auf Grund derselben in der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 bezw. der Ministerialverfügung vom 14. Dezember 1871 erlassene Vorschriften, wonach die Kreisregierung als Verwaltungsbehörde in erster, das Ministerium endgültig in zweiter Instanz zu entscheiden habe; in diesen Fällen finde daher auch eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nach Maßgabe des Art. 14 des Entwurfs (Art. 13 des Gesetzes) nicht statt. Der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten bemerkt: Bei der Ausschließung der Erkenntnisse über Gesuche um Erteilung der Genehmigung zu Errichtung oder Veränderung von Wasserwerken von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte des Entwurfs sei unter Verweisung auf die Motive nichts zu erinnern (Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege S. 52, 141). In dem Kommissionsbericht der Kammer der Standesherren, der im ganzen zustimmt, ist hierüber nichts weiter bemerkt.

Zu dem Art. 14 des Gesetzes führen die Motive aus: Nach § 19 der Ministerialverfügung A vom 14. Dezember 1871 und nach § 8 der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 sei zur Zurücknahme der Approbationen ꝛc. in Anwendung des § 53 der Gewerbeordnung die Kreisregierung zuständig, gegen deren Verfügung eine Beschwerde an das Ministerium stattfinde, dessen Entscheidung im Hinblick auf die Vorschrift

des § 20 der Gewerbeordnung endgültig sei; es sei aber nicht zu verkennen, daß in den Fällen dieser Art die Betretung des Verwaltungsrechtswegs zugelassen werden sollte; der Entwurf schlage vor, diese mit Umgehung der Instanz des Ministeriums direkt von der Kreisregierung an den Verwaltungsgerichtshof gehen zu lassen, wodurch in diesen Fällen der Grundsatz des Art. 60 des Entwurfs (Art. 59 des Gesetzes), welcher für die Erhebung der Rechtsbeschwerde die Erschöpfung des Instanzenzugs der Verwaltungsbehörden als Regel voraussetze, eine Ausnahme erleide (Hohl S. 57 ff.). Der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten bemerkt dazu, indem er sich einverstanden erklärt: Solange der Approbierte die Bedingungen des Gesetzes erfülle, habe er ein gesetzliches Recht auf die erlangte Konzession und es liege eine Rechtsverletzung vor, wenn die Bestimmungen des Gesetzes bei der Entziehung der Konzession nicht beachtet werden; es sei daher ganz unzweifelhaft, daß nach unserem Verfassungsrecht § 60 Ziff. 1 dem Beteiligten eine Rechtsbeschwerde an die oberste Administrativjustizbehörde zustehe; diesem Rechtszug scheine entgegenzustehen, daß nach § 19 der Ministerialverfügung A vom 14. Dezember 1871 und § 8 der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 zur Zurücknahme von Approbationen die Kreisregierungen zuständig seien und gegen deren Entscheidung nur einmalige Beschwerde, an das Ministerium, zulässig sei (Hohl S. 146). Der Kommissionsbericht der Kammer der Standesherren enthält sich einer besonderen Ausführung. Sämtliche gesetzgebende Faktoren waren darüber einverstanden, daß für die anderen unter die §§ 20, 21 der Gewerbeordnung gehörigen Fälle — sofern ein verwaltungsgerichtlich zu schützendes subjektives Recht nicht anzuerkennen sei — kein Bedürfnis für die Zulassung des verwaltungsgerichtlichen Schutzes vorliege, und es bestand allseitig die Absicht, das in dem Art. 14 gefundene Auskunftsmittel nicht weiter auszudehnen. Zugleich fand mit der Aufnahme des Art. 14 in das Gesetz die gesetzliche Regelung der Zuständigkeit der Behörden, um welche

die Stände die K. Regierung gebeten hatten, wenn auch in beschränkterem Umfang, ihre Erledigung. Es ist auch die vom Ministerium des Innern am 9. November 1883 zum Vollzug der Gewerbeordnung erlassene Verfügung, welche in § 52 besagt, daß die Zuständigkeit und das Verfahren in den Fällen der §§ 53 und 54 der Gewerbeordnung teils durch Art. 14, 60 ff. des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, teils durch § 8 der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 geregelt sei, und in § 3 zu § 16—28 der Gewerbeordnung im allgemeinen ausspricht, daß die Bestimmungen der K. Verordnung vom 19. Juni 1873 in fortdauernder Geltung bleiben, in dem ständischen Rechenschaftsbericht vom 21. April 1884 und bei dessen Beratung in den beiden Kammern nicht nur unbeanstandet geblieben, sondern es ist sogar in dem Rechenschaftsbericht ausdrücklich gesagt, daß sich deren Inhalt innerhalb der bestehenden gesetzlichen Vorschriften bewege (Verhandlungen d. Kammer der Abgeordneten 1883/84, I. Beil. Bd., 1. Abt. S. 450/52).

Nach alldem und im weiteren Hinblick auf Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 wäre, wenn der Beschwerdeführer seine Rechtsbeschwerde unmittelbar gegen den Rekursbescheid der Kreisregierung fristzeitig bei dem Verwaltungsgerichtshof erhoben hätte, die Rechtsbeschwerde als unzulässig abzuweisen gewesen. Nicht anders verhält es sich, nachdem der Beschwerdeführer zunächst noch eine Verwaltungsbeschwerde an das Ministerium gerichtet hat, welche von diesem als unstatthaft verworfen worden ist.

v. Sarwey, Oeffentl. Recht S. 521 ff. erklärt die in dem Gesetz vom 16. Dezember 1876 vollzogene Abscheidung der Fälle, in welchen die Angehung des Verwaltungsgerichts zugelassen ist, von den der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogenen Fällen für ganz folgerichtig: es eignen sich nicht alle der unter die Kautelen der §§ 20 ff. der Gewerbeordnung gegen willkürliche und parteiische Behandlung gestellten Fälle zur Rechtsprechung; die Erteilung oder Versagung der Genehmigung lästiger Gewerbeanlagen und die Untersagung der Benützung einer gewerb-

lichen Anlage, die Versagung der Genehmigung zum Betrieb eines der in den §§ 30, 32, 33 und 34, sowie die Untersagung des Betriebs der in den §§ 35 und 37 bezeichneten Gewerbe sei durch tatsächliche Voraussetzungen bedingt, welche zur Erreichung des Zwecks des Gesetzes die volle Freiheit der Verwaltung verlangen und nur die unparteiische Handhabung dieser Gewalt voraussetzen. Nicht allenthalben ist in den Gesetzen anderer deutscher Bundesstaaten der Kreis der der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegenden Fälle so eng wie in Art. 14 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gezogen. Bereits in dem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 1895 ist aber angeführt, daß mit dem Art. 14 das badische Gesetz vom 14. Juni 1884 über die Verwaltungsrechtspflege in § 4 Abs. 4 Ziff. 3 im wesentlichen übereinstimmt und daß auch (wie schon oben erwähnt) nach § 114 des preußischen Gesetzes vom 1. August 1883 über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichtsbehörden die über Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft in zweiter Instanz ergangenen Entscheidungen endgültig sind. Desgleichen sind solche Entscheidungen nach dem sächsischen Gesetz vom 19. Juli 1900 über die Verwaltungsrechtspflege § 75 Ziff. 4 der Anfechtungsklage entzogen. In Bayern ist, wie der dortige Verwaltungsgerichtshof die §§ 20 und 21 der Gewerbeordnung auslegt und das bayerische Gesetz vom 8. August 1878 über die Verwaltungsrechtspflege anwendet, zwar die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs formell zulässig, die Beschwerde aber unter den Umständen des vorliegenden Falles erfolglos, weil der bayerische Verwaltungsgerichtshof die Frage, ob ein Bedürfnis für die Erteilung der Wirtschaftsberechtigung vorliegt, als eine seiner Nachprüfung entzogene Ermessensfrage behandelt (Reger-Dyroff, Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl. S. 189).

Urteil vom 6./13. Mai 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des G. O. in U.

3.

Zu Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege (Hemmung der Rechtskraft)
und zu Art. 10 ff. des Gesetzes vom 18. August 1879 über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Ansprüche (Beitreibung staatlicher Gewerbesteuer).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Sowohl die Berufung des Beklagten als auch die Anschlußberufung der Klägerin sind, vom Kostenpunkt abgesehen, aus den folgenden Erwägungen als unbegründet zurückzuweisen.

1. Die Berufung des Beklagten, insoweit er mit der Bitte, das Urteil der Kreisregierung abzuändern und aufgerechnete 3 Mark Wohnsteuer zu streichen, seine Verurteilung zur Bezahlung von 3 Mark Wohnsteuer ansicht, ist als unbegründet zurückzuweisen . . . .

2. Ob nun der Beklagte nachträglich auch die Berufung wegen seiner Verurteilung zu Bezahlung des Gemeinde- und Amtsschadens erheben will, läßt sich dem am 14. April 1903 eingelaufenen Schriftsatz nicht mit Sicherheit entnehmen. Jedenfalls ist, wie aus dem hernach wieder zur Sprache kommenden Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege in Verbindung mit Art. 692 der württ. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 sich ergibt, die Frist hiezu versäumt, da die Klage auf Bezahlung der Wohnsteuer gegenüber der damit verbundenen Klage auf Bezahlung der Gewerbesteuer einen selbständigen Anspruch darstellt.

3. Die klägerische Gemeinde hat sich der von dem Beklagten erhobenen Berufung angeschlossen, indem sie in ihrer Erklärung vom 10./12. Februar 1903 die Verurteilung des Beklagten zu Bezahlung der in der Klage geforderten staatlichen Gewerbesteuer mit 2 M. 34 Pf. und 78 Pf. beantragt. Die Statthaftigkeit dieser Anschließung ist nicht

zu beanstanden. Zwar gestattet der Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege die Anschließung nur insoweit, als durch die Berufung die Rechtskraft des Urteils gehemmt ist[1]), und handelt es sich bei der Einklagung der staatlichen Gewerbesteuer um einen anderen Anspruch als bei der Einklagung der Wohnsteuer für die Gemeinde; da jedoch der Beklagte die Berufung zugleich wegen der Entscheidung im Kostenpunkte erhoben hat, ist für die klägerische Gemeinde die Anschließung bezüglich der Hauptsache ermöglicht (Neue Justizgesetzgebung II. 3. Abt. S. 179).

Die Anschlußberufung ist jedoch gleichfalls als unbegründet zurückzuweisen. Auf Grund der Veranlagung des Beklagten zur ordentlichen Gewerbesteuer war die Beitreibung der für ihn festgesetzten Staatssteuer im Zwangswege von dem Ortsvorsteher in Anwendung der Art. 10 ff. des Gesetzes vom 18. August 1879 über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Ansprüche zu bewirken und das verwaltungsgerichtliche Parteistreitverfahren des Art. 10 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 zur Entscheidung über das Bestehen dieser Staatssteuerschuld des Beklagten ist ausgeschlossen[2]).

Soweit die Berufung des Beklagten gegen die unterrichterliche Entscheidung im Kostenpunkt gerichtet ist, ist ihr ein Erfolg nicht zu versagen . . . .

Urteil vom 15./22. April 1903 in der V.S. Ruß gegen Gemeinde Thaldorf.

---

1) Vergl. Hohl Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Seite 65 und Art. 692 der württemb. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868.

2) Göz die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg S. 489.

III.

Ist der fliegende Gerichtsstand der Presse auch für die Aburteilung von Verfehlungen gegen landesrechtliche Strafvorschriften aufgehoben?

Urteile der Strafkammern Tübingen und Ellwangen.

Diese Frage ist in der Abhandlung im 14. Band S. 243 ff. der Jahrbücher bejaht, übrigens nicht ohne daß der Verfasser selbst entgegenstehende Bedenken hervorhebt. Verneint dagegen wurde sie in zwei landgerichtlichen Urteilen, beide in Strafsachen gegen den Lotteriekollekteur Karl Becker von Güstrow wegen Verfehlungen gegen Art. 7 Ziff. 3 des württ. Pol.St.G. [1]).

In dem Urteil der Strafkammer des Landgerichts Tübingen vom 2. April 1903 wird gesagt:

Die gedruckten Prospekte und Losanerbietungen sind zwar ohne Zweifel als Druckschriften i. S. des § 7 St.P.O. anzusehen, auch ist durch den Inhalt dieser im Inland, d. h. innerhalb des Reichsgebiets erschienenen Druckschriften eine strafbare Handlung, die Uebertretung i. S. des Art. 7 Ziff. 3 Pol.St.G. begründet worden, endlich sind diese Druckschriften in Güstrow, dem Ort, von wo aus sie verbreitet worden sind, wo der Beginn des Verbreitens stattgefunden hat, erschienen; vgl. die zutreffenden Ausführungen in Jahrb. für württ. Rechtspflege 14, 243 f., Schwarze, Kom. zum Preßgesetz S. 195; aber Voraussetzung der Anwendbarkeit des Absatzes 2 von § 7 St.P.O. ist, daß am Ort des Erscheinens der Druckschrift überhaupt der Gerichtsstand der begangenen Tat begründet ist. Dies trifft im vorliegen-

1) Das Oberlandesgericht, an das die Urteile im Revisionsweg gelangten, hatte sich über die Frage, als lediglich auf eine Rechtsnorm über das Verfahren sich beziehend, nach § 380 St.P.O. nicht auszusprechen.

den Fall nicht zu. Da es sich um die Uebertretung eines nur in Württemberg geltenden Strafgesetzes handelt, kommen als Orte der begangenen Tat nur diejenigen innerhalb Württembergs gelegenen Orte in Betracht, wohin der Angeklagte die Losanerbietungen verschickt hat, vgl. R.G.E. I, 276.

Das andere Urteil, von der Strafkammer des Landgerichts Ellwangen am 4. April 1903 erlassen, gibt folgende Ausführung:

Der genannte Abs. 2 des § 7 der St.P.O. findet hier gar keine Anwendung. Es kann davon abgesehen werden, ob der Tatbestand der strafbaren Handlung schon durch den Inhalt der Druckschrift an sich begründet ist, jedenfalls ist die Tat nicht am Erscheinungsort der Druckschrift, d. h. an dem Orte, von dem aus diese verbreitet worden ist, nämlich in Güstrow, begangen. Die Tätigkeit, die der Angeklagte bei der Absendung der Empfehlungsschreiben entwickelt hat, ist nach dem dort geltenden Strafgesetz nicht mißbilligt, es ist eine durchaus neutrale Handlung. s. Württ. Jahrb. Bd. 14 S. 249. Der Charakter der strafbaren Handlung besteht im vorliegenden Fall darin, daß die von dem Angekl. beabsichtigte Wirkung innerhalb eines bestimmten Gebiets eintritt, daß die verbotenen Lose der Mecklenburgischen Staatslotterie angeboten werden. Die Handlung wird also erst strafbar mit dem Eintritt dieser Wirksamkeit, d. h. mit dem Augenblick, wo das das Angebot der Lose enthaltende Schriftstück dem Adressaten von der Post ausgehändigt wird. Nur an diesem letzteren Orte ist die strafbare Handlung begangen, der Ort, von dem aus zur Erreichung des Ziels die verschiedenen Kräfte in Bewegung gesetzt werden, bleibt außer Betracht (s. Entsch. des R.G. Bd. I. S. 276). Abs. 2 des § 7 der St.P.O. setzt auch mehrere Gerichtsstände der begangenen Tat voraus, hier gibt es aber, wie eben ausgeführt, nur den einen, wo die von dem Täter gewollte Wirksamkeit mit seinem Willen in die Erscheinung getreten ist. Sohin sind alle vorliegenden Uebertretungen im Amtsgerichtsbezirk G. begangen.

IV.

Abhandlung.

Verfügungsrecht des Ehemanns über die Errungenschaftsgrundstücke bei dem landrechtlichen Güterstand.

Von Landgerichtsrat Frhr. v. Wächter-Spittler in Hall.

Daß die Errungenschaftsgrundstücke je hälftig im Eigentum beider Ehegatten stehen, ist einer der wenigen Sätze in der Lehre von der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft, welche kaum jemals direkt bestritten worden sind [1]). Der Streit beginnt jedoch, sobald aus dem Eigentum der Ehefrau an

1) Insbesondere ist dieser Satz anerkannt von dem K. Oberlandesgericht (Jahrb. Band 8, S. 329—331) bei Aufstellung der These über das latente Miteigentum der Ehefrau (vgl. hiezu auch Band 11, S. 85, Band 14, S. 53). Weiter geht schon Klumpp (Grundbuchrecht, 2. Aufl. S. 315, 550 und bei Boscher, Band 44, S. 227), welcher beiden Eheleuten während der Dauer der Gemeinschaft die Befugnis abspricht, ihren ideellen Anteil an den Errungenschaftsgrundstücken unter Lebenden an einen Dritten rechtsgeschäftlich zu übertragen. Klumpp stellt die altrechtlichen Güterstände der Errungenschaftsgesellschaft und der allgemeinen Gütergemeinschaft in diesem Punkte einander völlig gleich, führt an, daß das eheliche Gemeinschaftsvermögen beider Güterstände in Ansehung der Rechtswirkung der letzteren schon vor dem 1. Januar 1900 dem ehelichen Gesamtgut gleichgestellt worden sei, und sieht in alledem ein erfreuliches Ergebnis. Konsequenter wäre aber wohl von seinem Standpunkt aus die Annahme eines Eigentums „zur gesamten Hand" an der Errungenschaft als Ganzem, und diese letzte Konsequenz ist denn auch in der Tat bereits in einer Entscheidung des Amtsgerichts Heilbronn vom Jahre 1882 (Boscher, Band 30, S. 135) gezogen worden, ohne daß jedoch, soviel ersichtlich, dieser Vorstoß der deutschrechtlichen Anschauungen gegen die positiven Vorschriften des württ. Landrechts auf die Praxis einen nachhaltigen Einfluß geübt hätte.

ihrer Hälfte für die Dauer der Gemeinschaft irgend eine rechtliche Folge abgeleitet werden will. Da die fortdauernde Wirksamkeit der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft auf die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen beschränkt ist, handelt es sich um ein absterbendes Institut. Es ist kaum zu hoffen, daß jetzt noch vor Torschluß eine allseitige Verständigung über die rechtliche Natur dieses Institutes gelingen werde. Immerhin ist aber seine praktische Bedeutung so groß und sein Fortbestehen noch auf eine so lange Dauer berechnet, daß auch heute der Versuch nicht zwecklos erscheinen mag, in den hauptsächlichsten, den landrechtlichen Güterstand betreffenden Streitfragen eine zuverlässige allgemeine Grundlage zu gewinnen. Zu diesem Behufe muß vor allem untersucht werden, welcher Einfluß bei Beurteilung jenes Güterrechtsverhältnisses dem Entwicklungsgang des gemeinen deutschen Privatrechts und dem jetzt geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzuräumen ist. Denn das Auseinandergehen der Meinungen ist gerade bei diesem Institut unseres Partikularrechts von allem Anfang an dadurch gefördert worden, daß die Vorschriften des Landrechts und der Pfandgesetzgebung den Gegenstand nicht erschöpfen, und daß bei dem Versuche einer systematischen Bearbeitung der Lehre nicht selten aus dem gemeinen Rechte, römischen und deutschen Ursprungs, Gedanken in dieselbe hineingetragen worden sind, die mit den positiven Sätzen und dem Geist des Landesrechts im Widerspruch stehen. Was nun das Verhältnis zu der Errungenschaftsgemeinschaft des B.G.B. anlangt, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß der hierin gelegene Abschluß der modernen Rechtsentwicklung für die Handhabung des durch Art. 200 des E.G. aufrechterhaltenen Güterstandes der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft keine maßgebende Bedeutung hat[1]). Denn die Landesgesetzgebung

1) Auch Schefold (Jahrb. Band 9 S. 267 f.) verwertet das Recht des B.G.B. nicht in diesem Sinne. Er erblickt nur in der Uebereinstimmung der neueren Ergebnisse der württ. Theorie und Praxis mit dem Gang der gesamten deutschen Rechtsentwicklung eine

hatte es ja in der Hand, anläßlich der Einführung des B.G.B. das bei uns geltende Recht der Errungenschaftsgesellschaft in dasjenige der Errungenschaftsgemeinschaft des B.G.B. auch für die bestehenden Ehen überzuleiten und so den Anschluß an die allgemeine Rechtsentwicklung auch in diesem Punkte zu vollziehen. Wenn hievon abgesehen worden ist, so lag nach den Motiven zu Art. 244—248 des Entwurfs eines Ausf.-Ges. z. B.G.B. (S. 611) der Grund in der Annahme, daß die Verschiedenheiten zwischen dem bisherigen und dem neuen Rechte zu groß seien, um ohne Verletzung von Rechten des einen oder des anderen Ehegatten und der Gläubiger jene Ueberleitung, selbst mit entsprechenden Uebergangsvorschriften, zu ermöglichen. Als Beispiel dieser Verschiedenheit führen die Motive unter anderem auch die Grundsätze des alten und des neuen Rechtes hinsichtlich des Umfangs des Verfügungsrechts des Ehemanns über das seiner Verwaltung unterstellte Vermögen an. Auch der Kommissionsbericht der zweiten Kammer (S. 552) erwähnt ausdrücklich die rechtlich anders geartete Konstruktion des gemeinschaftlichen Vermögens als Gesamtgut, in welcher ein unterscheidendes Merkmal des neuen Rechts gefunden wird[1]).

Bestätigung der Richtigkeit jener Ergebnisse, wogegen — von dem positiven Inhalt der partikularrechtlichen Normen abgesehen — an und für sich nichts zu erinnern wäre.

1) Die Nichtüberleitung des Güterstandes in das neue Recht hat für die Befugnis des Ehemanns zur Verfügung über die Errungenschaftsgrundstücke die eigentümliche Folge, daß nach unserem Rechte gemäß der herrschenden Ansicht der Ehemann zur Veräußerung im engeren Sinne der Zustimmung der Ehefrau in keinem Fall bedürfen soll, obgleich sie Miteigentümerin im Sinn der §§ 1008 ff. des B.G.B. ist, während bei der Errungenschaftsgemeinschaft des neuen Rechts nach den §§ 1445, 1519 Abs. 2 des B.G.B. der Mann nicht nur zu jeder Verfügung über ein Gesamtgutsgrundstück, sondern sogar zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung der Einwilligung der Frau bedarf. Gerade hier, wo es sich um den Schutz der Frau gegen eine Benachteiligung durch den Mann handelt, will die Konsequenzen der modernen Gestaltung des „deutschrechtlichen Sondervermögens" (des Gesamtguts des B.G.B.) niemand ziehen.

Hienach geht es nicht an, das alte Recht aus dem neuen zu erklären. Schwieriger beantwortet ſich die Frage nach dem Verhältnis unſeres Partikularrechts zu der Fortbildung des gemeinſamen, in Deutſchland einheimiſchen Rechtes vor ſeiner Kodifikation durch das B.G.B. Geht man aber mit Gerber (Syſtem des deutſchen Privatrechts § 7 Note 3, 5. Aufl. S. 13) davon aus, daß das deutſche Privatrecht, als die bloße wiſſenſchaftliche Zuſammenfaſſung der in der Entwicklung des einzelſtaatlichen Privatrechts zu Tage tretenden Produkte des gemeinſamen Volksgeiſtes, nur zur Erklärung, nicht aber zur Ergänzung des Partikularrechts dienen kann, weil nur dem letzteren eine formelle Geltung überhaupt zukommt, ſo wird ſich für die Anwendung des einheimiſchen Partikularrechtes die Regel ergeben, daß immer zuerſt die poſitive Norm des Landesrechts, dann die partikularrechtliche Theorie und Praxis und erſt in letzter Linie die allgemeine Rechtsentwicklung in den übrigen deutſchen Staaten zur Richtſchnur zu nehmen iſt. Was ſodann das Landesrecht ſelbſt betrifft, ſo ſind hier naturgemäß zwei Perioden zu unterſcheiden, nämlich diejenige der Rechtsentwicklung auf Grund des Landrechts von 1610 bis zu den Pfandgeſetzen der Jahre 1825—1828 und ſodann die Zeit nach der Pfandgeſetzgebung. Die Literatur und Rechtſprechung der erſten Periode wird, ſoweit ſie nicht auf die Pfandgeſetzgebung nachweisbar eingewirkt hat, in ihrer Bedeutung gegenüber demjenigen zurücktreten müſſen, was auf Grund der Pfandgeſetzgebung von württ. Gerichten ausgeſprochen und von Schriftſtellern des württ. Rechts gelehrt worden iſt.

Betrachtet man von dieſem allgemeinen Standpunkt aus

Der Grund hiefür liegt aber nicht etwa darin, daß das poſitive württ. Recht ihr dieſen Schutz ausdrücklich verſagen würde, ſondern ausſchließlich in dem Umſtand, daß in die Theorie des deutſchen Privatrechts die Lehre von einer unbeſchränkten Befugnis des Mannes zur Veräußerung der Errungenſchaftsliegenſchaft zeitweilig Aufnahme gefunden hat, und daß auch die einheimiſche Literatur und Rechtſprechung dieſem Vorgang mitunter gefolgt iſt.

die in der Ueberschrift bezeichnete Materie, so sind es vor allem die Artikel 23 und 24 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825, in welchen die Entscheidung gesucht werden muß. Das Pfandgesetz hat, seinem unmittelbaren Zweck entsprechend, die Frage der Veräußerungsbefugnis des Ehemanns an der Errungenschaftsliegenschaft nicht ex professo geregelt. Gleichwohl ist es die einzige in dieser Frage zu Gebot stehende gesetzliche Quelle, da auch das Landrecht eine ausdrückliche Entscheidung nicht enthält. Der Art. 23 behandelt die Befugnis des Ehemanns zur Verpfändung der seiner Ehefrau eigentümlich gehörigen Gutsstücke. Er spricht aus, daß diese Verpfändung für eine den Ehemann ausschließend angehende Schuld ohne Mitwirkung der Ehefrau nicht gültig sei. Art. 24 handelt von der unterpfändlichen Sicherstellung der Sozialschulden. Er besagt, daß diese auf den Errungenschaftsgrundstücken auch ohne die Ehefrau vollgültig erfolgen könne. Wie verhält es sich nun, wenn der Ehemann für eine Privativschuld ein Errungenschaftsgrundstück verpfänden wollte, und die Unterpfandsbehörde seinem Antrag stattgegeben hat? Die Antwort kann wohl keine andere sein, als daß die Verpfändung gültig ist für die Hälfte des Ehemannes an dem Grundstück, ungültig aber (sowohl nach Art. 23 Abs. 1 als nach Art. 24 des Pf.Ges.) in Ansehung der Grundstückshälfte der Ehefrau [1]). Dies ist auch die Auffassung der Hauptinstruktion, die über die Auslegung des Pfandgesetzes zur Zeit seiner Erlassung immerhin beachtenswerte Aufschlüsse zu geben geeignet ist und die in § 138 Abs. 1 von der gültigen Verpfändung des Anteils der Ehefrau an dem errungenen Vermögen ausdrücklich han-

1) So ausdrücklich Seeger, Commentar zum Pfandges. Band I. S. 131, Ges. Entwurf von 1840 über die eheliche Gütergemeinschaft § 131. A. M. ist, was die Hälfte des Mannes betrifft, Hufnagel, Belehrung über das württ. Pfandgesetz 4. Aufl. S. 74 und für die Hälfte der Frau Römer, Unterpfandsrecht S. 142, wogegen aber auf württ. Archiv Band 10 S. 165, Boscher Band 15 S. 42, Bund 16 S. 201, Lang Sachenrecht, § 171 bei 74, zu erweisen ist.

delt. Der Gedanke, daß eine Verfügung über den ideellen Anteil an einem Errungenschaftsgrundstück während der Dauer der Gemeinschaft keinem der Gatten gestattet sei, ist aber nicht nur dem Pfandgesetz und der Hauptinstruktion fremd, sondern er ist auch von der württ. Praxis bis zum Inkrafttreten des B.G.B. niemals gutgeheißen worden. Vielmehr stand hinsichtlich der Sicherstellung der Ehefrau auf Errungenschaftsgrundstücken nach altem Recht die Ansicht in nahezu unbestrittener Geltung [1]), daß sie nur auf der Hälfte des Ehemannes überhaupt rechtlich möglich sei, während in diesem Punkte allerdings der § 1009 Abs. 1 des B.G.B. eine Aenderung gebracht hat [2]). Was ist aber der Grund der Ungültigkeit einer Verpfändung der Grundstückshälfte der Ehefrau für eine Privativschuld des Mannes? Offenbar ist sie deshalb ungültig, weil dem Manne das Verwaltungsrecht nur für soziale Zwecke, nicht aber für seine Sonderzwecke eingeräumt ist [3]). Seine eigene Hälfte verpfändet der Ehemann als Eigentümer, weshalb das Pfandgesetz eine besondere Bestimmung in dieser Hinsicht nicht enthält. Die Hälfte der Frau verpfändet er als Vermögensverwalter [4]), soweit es sich um eine Sozialschuld handelt, so-

1) Vgl. die Entscheidung der Civilkammer Heilbronn vom 21. November 1882 in dem oben, S. 118 Note 1 angeführten Falle, Boscher Band 30 S. 136 ff. (s. auch Jahrb. Band 8 S. 196).

2) Der Pfandrechtstitel der Ehefrau beschränkt sich dagegen nach Art. 260 des Ausf.Ges. z. B.G.B., wie bisher, auf die Grundstücke des Ehemannes. Es ist also auch heute noch der Fall denkbar, daß die Sicherungshypothek für die Frau nur auf der Grundstückshälfte des Mannes eingetragen wird. Die Eintragung auf ihrer eigenen Hälfte kann sie nicht erzwingen, was vom Standpunkt der herrschenden Lehre (vgl. Note 1 S. 120) in hohem Grade mißlich ist, falls der Mann keine Liegenschaft beigebracht hat, und seine Errungenschaftshälfte zur Sicherstellung der Frau nicht ausreicht.

3) Vgl. hierher und zum folgenden Hufnagel a. a. O., S. 72—74.

4) Zwar wird (Jahrb. Band 8 S. 330) gesagt, die besondere Gestaltung des Miteigentums der Eheleute während der Dauer der Gemeinschaft wurzle nicht bloß in dem ehelichen Verwaltungsrecht, sondern schon in der ehelichen Gemeinschaft und Zweckbestimmung.

weit aber eine Privativschuld des Mannes in Frage steht, bedarf es hier einer Intercession der Ehefrau mittels Verpfändung ihres Eigentums für diese fremde, weder die Frau selbst noch die Errungenschaftsgesellschaft berührende Schuld[1]). Es erhellt hienach, daß das Pfandgesetz aus dem ideellen Miteigentum beider Gatten an den Errungenschaftsgrundstücken alle im Miteigentumsbegriff des römischen Rechts begründeten Konsequenzen gezogen und das Verwaltungsrecht des Mannes an der Liegenschaft auf die in Erfüllung der sozialen Zwecke vorzunehmenden Rechtshandlungen eingeschränkt hat. Vom Standpunkte derjenigen, welche bis zur Pfandgesetzgebung ein unumschränktes Veräußerungsrecht des Mannes an der Errungenschaftsliegenschaft behaupteten[2]), enthielten die Artikel 23, 24 des Pfandgesetzes allerdings eine einschneidende Neuerung. Dies ist aber auch von den gleichzeitigen Schriftstellern über württ.

Allein zur Erfüllung der Zwecke der ehelichen Gemeinschaft in vermögensrechtlicher Beziehung dient doch wohl gerade das Verwaltungsrecht des Ehemannes, so wie es in dem einzelnen Güterstand gestaltet ist. Ein Miteigentum der Eheleute nach Bruchteilen ist auch bei Gütertrennung möglich, und hier unterscheidet es sich in seiner Wirkung durch gar nichts von dem normalen Miteigentum.

1) Die Vorschrift einer besonderen Form der Intercession ist allerdings im geltenden Recht weggefallen. Die Zustimmung der Frau ist gemäß der allgemeinen Bestimmung in § 29 der G.B.O. nachzuweisen. Materiell handelt es sich aber nach wie vor um die Belastung der Grundstückshälfte der Frau für eine fremde Schuld, und das güterrechtliche Erforderuis ihrer Zustimmung ist daher unverändert geblieben.

2) Hierher gehören von den zur Obertribunalentscheidung im württ. Archiv Band 10, S. 165 Note 102 gegebenen Citaten außer den angeführten Rechtsgutachten der Tübinger Juristenfakultät noch Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber, Band I. S. 236, und Griesinger, Landrechtskommentar Band II. S. 443. Dagegen stellen allerdings Wächter (in Sarweys Monatsschrift, Band 8 S. 485) und Reyscher (württ. Privatrecht, § 561 bei Note 13) jenen Satz lange Zeit nach der Pfandgesetzgebung noch auf, wobei sie zur Begründung auf die ältere Literatur, insbesondere die Tübinger Consilien, und daneben gerade auf den Art. 24 des Pfandgesetzes sich berufen. In letzterer Hinsicht vgl. Note 2 S. 125 unten.

Recht keineswegs verkannt worden. Mayer, Kommentar zum Pfandgesetz, Teil I S. 270, 271 macht hierauf ausdrücklich aufmerksam und findet in dem neuen Rechtssatz eine Anerkennung des der Ehefrau an ihrem Anteil zustehenden wahren Eigentums. Bolley, Kommentar, Band I S. 166, zitiert die Ausführungen Mayers, steht aber seinerseits schon für das frühere Recht auf dem Standpunkt, daß der Mann zur Veräußerung der Errungenschaftsgrundstücke ohne Mitwirkung der Frau nur „im Interesse der Gesellschaft" befugt sei [1]). Bei dem hervorragenden Anteil, den Bolley an dem Zustandekommen des Pfandgesetzes gehabt hat, liegt jedenfalls die Auslegung am nächsten, daß die Artikel 23, 24 desselben nur für den Fall der Verpfändung das ausdrücklich bestimmen wollten, was nach Ansicht der gesetzgebenden Faktoren im Fall der Veräußerung von Errungenschaftsgrundstücken ohnehin galt. Wenn im Gegensatz hiezu die Entscheidung des K. Obertribunals vom 26. Okt. 1866, württ. Archiv Band 10, S. 165, eine freie Veräußerungsbefugnis des Ehemanns an den Errungenschaftsgrundstücken ohne Rücksicht auf den sozialen Zweck der

1) Es soll nicht verschwiegen werden, daß auch Bolley in den schon im Jahr 1808 erschienenen 33 Aufsätzen S. 295 von einer unbeschränkten Befugnis des Ehemanns zur Veräußerung und Verpfändung der Errungenschaft spricht. Auch der Gesetzentwurf von 1840 wollte, neben Aufrechterhaltung der besonderen Vorschrift des Art. 24 des Pfandgesetzes, in § 130 im übrigen dem Ehemann die unbeschränkte Veräußerungsbefugnis an der Errungenschaft einräumen. Die Begründung, S. 136, erwähnt aber, daß gewöhnlich der Ehefrau das Recht zugesprochen werde, gegen nachteilige Veräußerungsakte des Ehemanns richterliche Hilfe zu suchen, und bemerkt, wenn ein derartiger Schutz nicht entbehrt werden könne, wäre es noch geratener, zur Veräußerung von liegenden Gütern der Gemeinschaft die Zustimmung der Ehefrau für notwendig zu erklären. Ein Schwanken der Rechtsgelehrten hat also in dieser Frage unverkennbar, und zwar auch noch nach dem Pfandgesetz stattgefunden. Allein gerade dieser Umstand weist darauf hin, daß die Entscheidung in dem möglichst engen Anschluß an das positive Recht gesucht werden muß.

Verfügung anzunehmen *scheint*, so würde diese Aufstellung einer Grundlage im positiven württ. Recht jedenfalls entbehren [1]). Die Entscheidung besagt jedoch ausdrücklich nur soviel, daß der Widerspruch der Ehefrau eine durch den Ehemann „*als Vertreter der ehelichen Gesellschaft*" vorgenommene Veräußerung nicht ungültig mache, und daß auch ein *Vorteil* [2]) für die Errungenschaftsge-

1) Die im Text vertretene Rechtsanschauung kann sich auf das Pfandgesetz als unmittelbare und ausschließliche Rechtsquelle allerdings auch nicht stützen. Sie hat aber für sich die rechtliche Konsequenz einerseits des Miteigentumsrechtes der Ehefrau und andererseits des Verwaltungsrechtes des Ehemanns, dessen Umfang hinsichtlich der Liegenschaft für einen speziellen Fall der Veräußerung, nämlich für den Fall der Verpfändung, das Pfandgesetz ausdrücklich regelt. Unmittelbar ist in Art. 24 überhaupt nur die Verpfändung der Errungenschaftsgrundstücke für eine Sozialschuld normiert. Was für Privativschulden des Mannes gilt, muß teils aus dem Gegensatz, teils aus Art. 23 entnommen werden. Aber der gemeinsame Gedanke beider Artikel ist doch gewiß der, daß für die Veräußerungsbefugnis des Ehemanns ohne Zustimmung der Ehefrau im Falle der Verpfändung der Errungenschaftsliegenschaft der soziale Zweck der Verfügung die Voraussetzung bilde. Wenn hieraus gegnerischerseits (vgl. oben Note 2 a. E. S. 124) mitunter geschlossen worden ist, bei sonstigen Veräußerungen komme diese Voraussetzung in Wegfall, so liegt hierin deshalb ein *unzulässiger* Schluß e contrario, weil das Schweigen des Pfandgesetzes über diesen Punkt sich aus den Schranken seiner Zweckbestimmung erklärt. Die im Text gezogene entgegengesetzte Folgerung, daß es nach dem *Prinzip* des Gesetzes bei *allen* Veräußerungen auf den sozialen oder nicht sozialen Zweck der Verfügung ankomme, hat dagegen den Umstand für sich, daß die Verpfändung unter den Begriff der Veräußerung im weiteren Sinne von jeher subsumiert worden ist, daß auch die Verpfändung im Falle der Durchführung des hypothekarischen Rechtes zu einem Eigentumswechsel führt, und daß deshalb die *schon der bloßen Verpfändung* durch das Gesetz gezogenen Schranken *um so mehr* der Veräußerung im engeren Sinne gegenüber maßgebend erscheinen müssen.

2) Die Entscheidung spricht von einem „*wirklichen*" Vorteil. Es kann also der abgeurteilte konkrete Fall sehr wohl so gelegen sein, daß der Ehemann zwar im Interesse der Errungenschaftsgesellschaft die Veräußerung vorgenommen hatte, dieser aber tatsächlich

sellschaft weder bei der Veräußerung noch bei der Verpfändung der Errungenschaftsliegenschaft Voraussetzung der Gültigkeit des Rechtsaktes sei. Die Annahme, daß der Ehemann bei der Uebereignung von Errungenschaftsgrundstücken an dritte Personen eine freiere Stellung habe, als bei der bloßen Verpfändung derselben, widerspricht aber so sehr nicht nur der rechtlichen Konsequenz, sondern auch der natürlichen wirtschaftlichen Anschauung, daß ohne zwingenden Grund ein solches Ergebnis weder als Sinn des Pfandgesetzes gelten, noch selbst auf die Autorität des Obertribunals hin gutgeheißen werden kann. Hienach sind die gegebenen Ausführungen dahin zusammenzufassen, daß der Ehemann über die der Ehefrau gehörige Hälfte der Errungenschaftsgrundstücke nur zu sozialen Zwecken allein verfügen kann [1]). Insbesondere für die Grundbuchämter wird es sich daher empfehlen, bei allen solchen Verfügungen, nicht bloß bei Grundkreditbelastungen (s. Klumpp, Grundbuchrecht, 2. Aufl. S. 315), entweder den Nachweis des sozialen Zwecks oder die Zustimmung der Ehefrau zu verlangen [2])

---

ein Vorteil nicht erwachsen war. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß das Obertribunal keineswegs e contrario argumentiert, vielmehr mit der Bestimmung in Art. 24 des Pf.Ges. die von ihm aufgestellten Sätze in direkten Einklang zu bringen bestrebt ist.

1) So Lang, Pers.R. 2. Aufl. S. 358 f., und die Civilkammer Stuttgart bei Bosch er, Band 34 S. 107 (contra: K. Oberlandesgericht, daselbst S. 134).

2) Mit den tatsächlichen Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs steht dieses Verlangen viel mehr im Einklang, als die Anhänger der herrschenden Theorie zu glauben geneigt sein mögen. Der logischen Konsequenz, wonach die Zustimmung der Ehefrau, soweit das Gesetz dieselbe bei der Verpfändung von Errungenschaftsgrundstücken verlangt, um so mehr bei deren Veräußerung gefordert werden muß, haben sich auch unsere Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu keiner Zeit völlig entzogen. Da ferner das vorhandene Interesse der Gemeinschaft an der Verfügung über ein Errungenschaftsgrundstück aus den Umständen nicht immer ohne weiteres hervorgeht, lag es von jeher nahe, die Prüfung dieser Frage dadurch zu umgehen, daß die Zustimmung der Ehefrau, die nur selten verweigert wird, auf

Was sodann die Zwangsvollstreckung anlangt, so bietet sich hier, selbst wenn man eine unbeschränkte Befugnis des Ehemanns zur Veräußerung der Errungenschaftsgrundstücke annehmen wollte, nicht dasjenige Bild dar, welches an der Hand der Entscheidung des K. Oberlandesgerichts vom 8. März 1888 (Jahrb. Band 3, S. 196) Gaupp in der ersten Auflage seines Anhangs zur C.P.O. S. 53 entworfen hat, und welches, gestützt auf diese Vorgänge, Schefold (Jahrb.

alle Fälle eingeholt wurde. Die gegenteiligen Ausführungen bei Bolscher, Band 42, S. 102 ff. sind insofern zutreffend, als sie für die Ehen mit landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft, die am 1. Januar 1900 bestanden haben, hinsichtlich der Befugnis des Ehemanns zur Verfügung über die Errungenschaftsgrundstücke nicht das neue Recht, sondern das in Geltung gebliebene Güterrechtsverhältnis entscheiden lassen. Zu weit geht es aber jedenfalls, wenn hier ohne Einschränkung gesagt ist, der Ehemann könne die Errungenschaftsgrundstücke ohne Zustimmung der Ehefrau belasten. Denn zu den nach Art. 200 des E.G. zum B.G.B. maßgebend gebliebenen Gesetzen über den Güterstand gehören auch die Artikel 23 und 24 des Pfandgesetzes insoweit, als sie den Umfang des dem Ehemann zustehenden Verwaltungsrechtes bestimmen. Sodann beweist aber auch diese Mitteilung, daß die Praxis noch heute geneigt ist, bei allen Verfügungen des Ehemanns über Errungenschaftsgrundstücke die Mitwirkung der Ehefrau als notwendig zu fordern. Daß unter dem Einfluß der Literatur und unter der Einwirkung der Aufsichtsbehörden die Beispiele für eine gegenteilige Praxis ebenso häufig vorkommen mögen, soll gar nicht bestritten werden. Aber von der Bildung eines Gewohnheitsrechtes im Sinne der Entscheidung des Obertribunals vom 26. Oktober 1866 kann wohl keine Rede sein. Ueberdies geht aus dieser Entscheidung gar nicht hervor, ob es sich dabei um eine Verfügung über Errungenschaftsliegenschaft überhaupt gehandelt hat. Daß bei der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft sehr viel auf Doktrin und Praxis beruht, hebt auch der K. Verwaltungsgerichtshof in einem Urteil vom 26. Februar 1902 (Jahrb. Band 14, S. 87) hervor. Ueber die Praxis der Gerichte in Ansehung der Befugnis des Ehemanns zur freiwilligen Veräußerung von Errungenschaftsgrundstücken fehlt es aber an genügenden Nachweisungen, und die Ergebnisse der Doktrin als solche bleiben einer Nachprüfung auf die Richtigkeit der ihnen zu Grunde liegenden wissenschaftlichen Operationen jederzeit zugänglich (vgl. Windscheid, Pandekten, § 16 Note 8).

Band 8, S. 253, Band 9, S. 268) und Klumpp (bei Boſcher, Band 44, S. 227) wiedergegeben haben. Denn jene Befugnis des Ehemanns iſt unter allen Umſtänden ein Ausfluß ſeines Verwaltungsrechts, das der Gläubiger an ſeiner Stelle nicht ausüben kann. Schefold ſelbſt weiſt (Band 9, S. 260) darauf hin, daß die Verpflichtung des Ehemanns, die Errungenſchaftsſtücke zur Deckung der Sozialſchulden zu verwenden, hier nicht in Betracht kommen könne, wenn das Errungenſchaftsgut hälftig als Vermögen der Ehefrau zu gelten habe. Der von ihm und Gaupp poſtulierte Satz, daß hinſichtlich der Zwangsvollſtreckung während des Beſtehens der Gemeinſchaft die Errungenſchaft als Vermögen des Mannes zu behandeln ſei, entbehrt aber jeder poſitiven Grundlage. Auch das K. Oberlandesgericht hat, wie Lämmert (Boſcher, Band 34, S. 329) anführt, noch in einer Entſcheidung vom 30. Dezember 1891 den Sondergläubiger des Ehemanns hinſichtlich der Zwangsvollſtreckung auf das Sondergut des Ehemanns und ſeine Errungenſchaftshälfte verwieſen. Daß es aber auf die ſoziale oder nichtſoziale Eigenſchaft der Schuld nach § 671 (jetzt § 750) der C.P.O. nicht ankommen, die Zwangsvollſtreckung vielmehr ſtets nur in das Vermögen desjenigen Schuldners ſtattfinden könne, welchen der Vollſtreckungstitel bezeichne, weiſt die angeführte Abhandlung von Lämmert überzeugend nach. Wenn jetzt der § 740 der C.P.O. für die Zwangsvollſtreckung in das Geſamtgut abweichend von dieſer Regel[1]) ausſpricht, daß ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil genügend ſei, ſo fehlt es für das Errungenſchaftsgut des landrechtlichen Güterſtandes an einer ausdrücklichen Beſtimmung gleichen Inhalts[2]). Einer analogen Anwendung der Ausnahmevor-

1) Daß auch bei dem Geſamtgute des B.G.B. die juriſtiſche Konſequenz einen gegen beide Eheleute vollſtreckbaren Titel verlangt hätte, darüber ſ. Gaupp-Stein, Bem. I zu § 740 C.P.O.

2) Eine ſolche Beſtimmung konnte die Landesgeſetzgebung gar nicht treffen. Der § 2 des E.G. zum Zwangsverſteigerungsgeſetz bezieht ſich nur auf die Vorbehalte im E.G. zum B.G.B. Die Uebergangsbeſtimmung in Art. 200 des E.G. zum B.G.B. berechtigt die

schrift in § 740 C.P.O., wie sie Klumpp empfiehlt, steht der Umstand entgegen, daß das Errungenschaftsvermögen nicht, wie das Gesamtgut des B.G.B., zu gesamter Hand beiden Ehegatten gehört, sondern in ihrem ideellen Miteigentum steht[1]). In § 17 Abs. 1 (vgl. mit § 146) des Zwangsversteigerungsgesetzes ist das Erfordernis der Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Vermögen des im Vollstreckungstitel bezeichneten Schuldners noch schärfer dahin formuliert, daß der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen sein müsse, damit die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung eines Grundstücks angeordnet werden dürfe. Für die dritte Form der Immobiliarvollstreckung, die Zwangshypothek, ergibt sich das gleiche Erfordernis aus § 40 Abs. 1 der G.B.O. Nun sind die zum Gesamtgut des B.G.B. gehörigen Grundstücke im Grundbuch nicht als Eigentum des Ehemanns, sondern als Gesamteigentum beider Ehegatten einzutragen, wobei nach § 48 der G.B.O. das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet werden soll. Der Satz, daß das gemeinschaftliche Vermögen

Landesgesetzgebung nach Art. 208 daselbst zu Aenderungen des Landesrechtes nur in materieller Hinsicht. Für den Prozeß und die Zwangsvollstreckung gelten auch in Absicht auf die partikularrechtlich fortbestehenden Güterstände die reichsrechtlichen Normen. Der Vorbehalt in § 801 der C.P.O. endlich betrifft nur die landesgesetzlich zugelassenen besonderen Schuldtitel.

1) Es ist in diesem Zusammenhang nicht ohne Bedeutung, daß der Sprachgebrauch des württ. Rechts den gesetzlichen Güterstand nicht als Errungenschaftsgemeinschaft sondern als Errungenschaftsgesellschaft benennt. Auch Gerber, § 234 Note 6 führt als Besonderheit der württ. Gestaltung an, daß das gemeinschaftliche Vermögen früher allgemein als Sozietätsmasse bezeichnet worden sei. Wenn also hier die Analogie eines anderen Rechtsverhältnisses überhaupt herangezogen werden wollte, so könnte es nur die der Gesellschaft im Sinn des B.G.B. sein, bei welcher zwar auch ein Gesellschaftsvermögen existiert, die Vollstreckung in dasselbe aber nach § 736 der C.P.O. ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil voraussetzt. Im übrigen ist die Errungenschaftsgesellschaft des württ. Landrechts selbstverständlich weder eine reine Sozietät im Sinn des R.R., noch eine reine Gesellschaft im Sinn des B.G.B.

„für die gegen den Mann gerichtete Zwangsvollstreckung" als Vermögen des Ehemanns gelte (s. Jahrb. Bd. 9, S. 267) ist also nicht einmal für das Gesamtgut des B.G.B. richtig. Die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut richtet sich vielmehr notwendig gegen Mann und Frau, und die Besonderheit des Verfahrens besteht nur darin, daß die Vollstreckbarkeit des gegen den Mann erwirkten Titels in Ansehung des Gesamtguts nach § 740 der C.P.O. auch der Frau gegenüber wirksam wird. Diese Bestimmung war nur deshalb überhaupt möglich, weil nach den Vorschriften des materiellen Rechts, den §§ 1459, 1530, 1549 des B.G.B., das Gesamtgut für alle Verbindlichkeiten des Mannes haftet. Wenn aber für die Errungenschaft des landrechtlichen Güterstandes dieselbe weitgehende Haftung behauptet wird (Schefold, Jahrb. Band 8, S. 253), so liegt eben auch hier das unbewiesene Postulat zu Grunde, daß die Errungenschaft nach außen während der Dauer der Gemeinschaft als Vermögen des Mannes zu behandeln sei. Das im Grundbuch einzutragende Rechtsverhältnis sodann besteht bei den Errungenschaftsgrundstücken in dem Miteigentum nach Bruchteilen, woneben nach § 29 Abs. 4 der Grundbuchverfügung vom 2. September 1899 der Güterstand, soweit er dem Grundbuchamt nachgewiesen ist, vermerkt werden soll. Hinsichtlich der Vollstreckung bildet aber die Errungenschaft nach württ. Recht nicht, wie das Gesamtgut des B.G.B., einen völlig abgetrennten und besonderen Rechtsgrundsätzen unterworfenen Vermögenskomplex. Es gibt bei der Zwangsvollstreckung gegen die Eheleute keine (dritte) Masse der Errungenschaft, sondern nur zwei Vollstreckungsmassen, das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau, zu welchen je hälftig die Errungenschaftsgrundstücke gehören [1]).

1) Dies ist namentlich auch der Standpunkt des mehrerwähnten Gesetzesentwurfs über die Gütergemeinschaft vom Jahre 1840. In der Begründung S. 203—209 wird ausgeführt, daß im Konkurs

ohne Anrufung der weiblichen Freiheiten auch künftig, wie bisher, zwei Massen, nicht drei gebildet werden sollen. Nach § 228 des Entwurfs sollte die Aktivmasse jedes Gatten aus dem noch vorhandenen Beibringen und der Hälfte des Gemeinschaftsvermögens bestehen. An dieser Hälfte der Bruttoerrungenschaft, also an der Gesamtheit der ideellen Hälften jedes einzelnen Errungenschaftsstücks, sollte aber nach den §§ 229, 230 im Falle des Gantes eines oder beider Eheleute derjenige Gatte, zu dessen Gunsten die Gesellschaftsteilung einen Ersatzanspruch ergab, ein Absonderungsrecht genießen. Auf diesen Vorschlag beziehen sich die in den Jahrb. Band 8 S. 331 herangezogenen Ausführungen der Motive S. 207 über den provisorischen Charakter der Zuteilung der Errungenschaftshälften an jeden der beiden Ehegatten. Zugleich findet sich aber hier eine Erörterung darüber, daß die Gemeinschaftsgläubiger an das Gemeingut keine besonderen Rechte haben, vielmehr wie Separatgläubiger jedes Ehegatten zur Hälfte zu behandeln seien. Jenes, lediglich für den Fall des Gantverfahrens vorgeschlagene Absonderungsrecht ist nun, wie der ganze Entwurf, nicht zum Gesetz geworden. Vielmehr blieb es — bis zur Reichskonkursordnung — bei dem geltenden Recht, also bei dem Grundsatz, daß sowohl im Fall des Konkurses als in dem der sonstigen Zwangsvollstreckung die Hälfte aller einzelnen Errungenschaftsstücke von den Gläubigern der einzelnen Ehegatten, und demzufolge auch von den Sozialgläubigern je nach dem Umfang der Haftung des einzelnen Ehegatten diesen gegenüber, in Anspruch zu nehmen war. — Vgl. ferner Bolley, Kommentar zum Pfandgesetz, Band I. S. 168 Note 7, Band II. S. 1064, Band III. S. 1277—1283, Lehre von den öffentlichen Unterpfändern, S. 130 III. Sodann s. Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 33 Abs. 2. Ein Vollstreckungstitel gegen die Ehefrau war allerdings, wie Heß (Jahrb. Band 1 S. 252) richtig anführt, nach dem württ. Recht vor Einführung der R.C.P.O. nicht notwendig. Aber der Grundsatz, daß die Vollstreckung nur in das Vermögen des Schuldners statthaft sei, war schon dem damaligen Recht durchaus geläufig, und als Vermögen der Ehefrau im Sinne von Art. 33 Abs. 2 des Exekutionsgesetzes galt zweifellos auch ihr Anteil an den Errungenschaftsstücken. Dieser Anteil durfte der Exekution für Privativschulden des Mannes nicht unterworfen werden, und er darf deshalb nach heutigem Zwangsvollstreckungsrecht zum Gegenstand der Vollstreckung nur gemacht werden, wenn der Vollstreckungstitel auf den Namen der Ehefrau lautet. Gerade weil, wie Schefold (Jahrb. 9 S. 267) bemerkt, die C.P.O. keine Quelle für die Fortentwicklung des ehelichen Güterrechts ist, müssen die materiellen Grundsätze des

württ. Exekutionsrechtes in Absicht auf die Behandlung des Errungenschaftsvermögens auch nach Aufhebung des Exekutionsgesetzes insoweit angewendet werden, als nicht die formell zwingenden Vorschriften der C.P.O. über den Vollstreckungstitel dem im Wege stehen. — Im Sinne der zur Frage der Zwangsvollstreckung gegebenen Ausführungen hat die Civilkammer Hall am 3. März 1902 über die Beschwerde des J. St., Zwangsversteigerung betreffend, entschieden.

Zusatz der Redaktion: vrgl. auch Seuffert 46 nr. 76 (R.G.) und nr. 296 (Bayerisches oberstes Landesgericht).

Literariſche Anzeigen.

Der zweite Band von Mandry's: Württembergiſchem Privatrecht, von der 12. Lieferung an herausgegeben von O.L.G.R. Dr. Haidlen (vergl. Bd. 13 S. 265; Bd. 14 S. 127 und 255 der Jahrbücher) iſt jetzt vollſtändig erſchienen und damit ein Werk vollendet, das dem Praktiker viel Zeit erſparen wird, die er ſonſt auf das Nachſchlagen in den einſchlägigen amtlichen Blättern hätte verwenden müſſen. Durch eine am Schluß des dritten Teils angefügte „ſyſtematiſche Ueberſicht" und ein Regiſter wird der Gebrauch des Werks noch weſentlich erleichtert.

J. von Staudingers Kommentar zum B.G.B. (München J. Schweitzer's Verlag) erſcheint, noch ehe die erſte Auflage völlig erſchienen iſt, nach dem Tod des Herausgebers in zweiter vollſtändig neubearbeiteter Auflage (bis jetzt 5 Lieferungen im Preis von zuſ. 15 M. 80 Pf, enthaltend: Sachenrecht §§ 854 bis 1170, erläutert von L.G.R. Kober, und Familienrecht §§ 1297—1411, erläutert von L.G.R. Engelmann). Dieſer ſog. bayeriſche Kommentar erfreut ſich zufolge der eingehenden und gründlichen, von wiſſenſchaftlichem Geiſt getragenen Erläuterung des Geſetzes eines guten Rufs und wird daher auch in ſeiner jetzigen, die neueſte Literatur und Rechtſprechung berückſichtigenden Geſtalt die verdiente Beachtung finden. Der Geſamtpreis wird ſich auf etwa 75 M. belaufen.

Pf.

Druckfehlerberichtigung:

In Band 14 S. 288 Zeile 16 von oben lies 350 ſtatt 305.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

15.

1. Bedeutung der Einlegung eines Patents in eine Gesellschaft; rechtliche Wirkung der Eintragung des Patentinhabers in die Titelrolle.
2. Zur Auslegung der §§ 273. 738 H.G.B.

Die Parteien haben im Jahr 1900 eine offene Handelsgesellschaft gegründet; Ende des Jahrs 1900 hat Kl. gemäß § 142 Abs. 2 H.G.B., nachdem über das Vermögen des Bekl. Konkurs eröffnet war, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernommen. Gegen seine Klage auf Einwilligung in die Umschreibung eines dem Bekl. zustehenden, von ihm in die Gesellschaft eingelegten, aber nicht auf sie umgeschriebenen Patents auf den Kl. hat Bekl. schließlich nur noch eingewendet: es stehe ihm betreffs der geforderten Leistung ein Zurückbehaltungsrecht insolang zu, als Kl. nicht seine Verpflichtung zur Herauszahlung des den Bekl. treffenden Anteils am Gesellschaftsvermögen erfüllt habe.

Bekl. ist nach dem Klagantrag verurteilt worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Die Vorschrift des Patentgesetzes § 19, wonach in der Patentrolle der Patentinhaber und im Falle einer Aenderung in seiner Person auch diese Aenderung vermerkt und durch den Reichsanzeiger veröffentlicht werden soll, ist hin-

sichtlich ihrer rechtlichen Bedeutung, bezüglich der Frage, welchen Einfluß das Unterbleiben der Eintragung der Veränderung in der Person des Patentinhabers auf die Wirksamkeit der Uebertragung des Patentrechts habe, nicht ganz zweifellos, angesichts der nicht unzweideutigen Fassung der Worte des Abs. 2: „Solange dieses (die Vermerkung der Aenderung in der Rolle) nicht geschehen ist, bleibt der frühere Patentinhaber nach Maßgabe dieses Gesetzes berechtigt und verpflichtet".

Jedenfalls aber ist die[1]) Meinung, daß, entsprechend dem den Eintragungen in die Rolle und ihrer Veröffentlichung im Reichsanzeiger im allgemeinen unterliegenden Zweck, von der Erteilung des Patents und den dadurch anerkannten technischen Fortschritten weiten Kreisen alsbald Kenntnis zu geben, diesen Einträgen keinerlei rechtliche Wirkung sondern nur die Bedeutung eines „nachrichtlichen Vermerks" zukommen, für die hier fraglichen Einträge schon durch den Wortlaut des Gesetzes widerlegt, während andererseits die[2]) Ansicht, daß das an sich gültige Patentübertragungsgeschäft ohne Eintrag und Veröffentlichung der Aenderung rechtlich unwirksam sei, also der bisherige Patentinhaber seiner Uebertragungserklärung unerachtet alleiniger Träger der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Patent bleibe, — verkennt, daß in den Worten des Abs. 2 des § 19: „nach Maßgabe dieses Gesetzes" eine Beschränkung der fraglichen Wirkung zum Ausdruck gebracht ist dahin, daß dem bisherigen Inhaber nur diejenigen Rechte und Pflichten aus dem Patent verbleiben, welche durch das Patentgesetz selbst geregelt sind. Nach der geschichtlichen Entwicklung der Einrichtung der Patentrolle in fast allen Kulturstaaten ist anzunehmen, es sei durch die angeführten Worte ausgedrückt, daß der eingetragene Patentinhaber als solcher zur gerichtlichen Geltendmachung, Verfolgung und Verteidi-

1) Noch von Dambach, Musterschutz, ausgesprochene.

2) Von Rosenthal Patentgesetz S. 236 und Klostermann Patentgesetz S. 159 verteidigte.

gung des Rechts aus dem Patent in einem nach Maßgabe des Patentgesetzes stattfindenden Verfahren und gegenüber dem Patentamt als legitimiert gelte, im übrigen aber Entstehung und Uebergang des Patentrechts durch die Eintragung oder deren Mangel nicht berührt, insbesondere die Rechtsgültigkeit der Uebertragung des Patentrechts seitens des eingetragenen bisherigen Patentinhabers auf einen andern von der Eintragung dieser Aenderung unabhängig sein solle — wobei die Frage, ob die Befugnis des eingetragenen, aber sachlich nicht mehr berechtigten Inhabers zur gerichtlichen Vertretung des Patents [1]) auch auf die wegen Verletzung des Patentrechts zu führenden Civil- und Strafprozesse zu erstrecken oder [2]) auf die im Patentgesetz Abschnitt 3 geregelten Verfahrensarten (eigentliche Patentsachen) zu beschränken sei, im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben kann. Denn wenn dem eingetragenen Patentinhaber nach erfolgter aber nicht eingetragener Uebertragung seines Patentrechts auch nur die Befugnisse als ausschließliche verbleiben: Erteilung eines Zusatzpatentes nachzusuchen, Stundung oder Erlaß der Patentgebühren zu beantragen, durch eine Verzichtserklärung die Löschung des Patents herbeizuführen, in dem Verfahren über Nichtigerklärung oder Zurücknahme des Patents der rechte Bekl. zu sein und überhaupt in allen das Patent betreffenden Angelegenheiten vom Patentamt als der Inhaber des Patents behandelt zu werden, — so bleibt, trotz erfolgter Uebertragung des Patents, eine sehr umfassende und für seine volle Ausnützung unentbehrliche Reihe von Befugnissen bei dem bisherigen Patentinhaber zurück. In der Regel aber werden, wenn die Uebertragung nicht bloß des Gebrauchsrechts am Patent, d. h. der Befugnis ein fremdes Patent auszubeuten, sondern des Rechts am Patent selbst (des „Eigentumsrechts" daran) gewollt ist, die Parteien die übereinstimmende Absicht haben,

1) Mit Kohler, System des Patentrechts § 208 S. 530 u. ff.
2) Mit Seligsohn, Kommentar zum Patentgesetz 2. Aufl. S. 218.

daß der Erwerber das volle Recht am Patent, insbesondere auch die Befugnis seiner Geltendmachung vor dem Patentamt und vor Gericht haben solle, und ist deshalb diese Absicht zu unterstellen, wo nicht aus den Umständen, insbesondere aus dem der Patentübertragungserklärung (B.G.B. § 413 und 398) zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft ein anderes erhellt. Im vorliegenden Fall aber ist, nach dem Zweck der Uebertragung des fraglichen Patents: dem Bekl. als Einlage in die Gesellschaft („als Kapitalanteil") zu dienen, anzunehmen, daß der Gesellschaft die volle Verfügung über das Patentrecht, also auch die Befugnis zur gerichtlichen und patentamtlichen Vertretung desselben übertragen werden wollte, weil ohne solche die Gesellschaft an der freien Verfügung über dasselbe wesentlich gehindert wäre; der Bekl. war deshalb aus § 2 des Gesellschaftsvertrags verpflichtet, der Gesellschaft das fragliche Patent zu vollem Recht zu übertragen, also ihr auch diejenigen Befugnisse, deren Uebergang durch die Eintragung der erfolgten Uebertragung bedingt ist, zu verschaffen, sonach, da solche Verschaffung nur durch Eintragung möglich ist, diese zu erwirken, d. h. zu ihrer Herbeiführung durch Erteilung seiner Eintragsbewilligung mitzuwirken.

Der Anspruch des Kl. geht aber nicht dahin, daß der Bekl. die Ueberschreibung des Patents auf die Gesellschaft M. und J. bewirke, mit andern Worten den rückständigen Teil der von ihm zugesagten Gesellschaftseinlage in die Gesellschaft einwerfe, sondern darauf, daß der Bekl. die Umschreibung des Patents auf den Namen des Kl. allein, als Einzelkaufmann, bewillige, also: eine rückständige Gesellschaftseinlage nicht an die (nicht mehr bestehende) Gesellschaft, sondern an den Kl., als deren Rechtsnachfolger, leiste. Dieser Anspruch ist nicht durch die Gesellschaftseinlegung allein, sondern wesentlich auch durch die Tatsache begründet, daß infolge der Uebernahmeerklärung des Kl. im Sinn des H.G.B. § 142 Abs. 2 das gesamte Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven gemäß B.G.B. § 738

von Rechts wegen — nicht durch Vertrag noch durch Uebertragungshandlung des Bekl. — auf den Kl. als alleinigen Träger desselben übergegangen ist; ebenso hat aber auch der Anspruch des Bekl. darauf, daß er „von den gemeinschaftlichen Schulden befreit und ihm dasjenige, was er im Fall der Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung erhalten würde, ausbezahlt werde", in dem Gesellschaftserrichtungsvertrag nur seine notwendige Voraussetzung, seine Entstehungsursache aber in der Auflösung der Gesellschaft oder der diese Auflösung abwendenden einseitigen Uebernahmeerklärung des Kl., somit in demselben Rechtsverhältnis, aus welchem auch das Recht des Kl. aufs Ganze des bisher gemeinschaftlich gewesenen Gesellschaftsvermögens abzuleiten ist; man ist deshalb zu der Annahme geneigt, daß diese beiderseitigen Rechte als Leistung und Gegenleistung im Verhältnis des Austausches und zwar des gleichzeitigen Austausches stehen, also nur Zug um Zug verwirklicht werden können, daß somit gemäß B.G.B. § 273 Abs. 1 der ausgeschiedene Gesellschafter, welcher eine der Gesellschaft gehörige Sache in Händen hat, dem auf Grund des Rechtsübergangs deren Herausgabe (zum Ganzen, nicht bloß zu seinem Gesellschaftsanteil) fordernden nicht ausgeschiedenen Gesellschafter die Herausgabe insolange verweigern könne, bis ihm die von letzterem geschuldete Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens geleistet bezw. angeboten sei; daß ebenso der Ausgeschiedene, welcher zur Zeit seines Ausscheidens der Gesellschaft Geld, zum Beispiel eine rückständige Geldeinlage, schuldig ist, dem die volle Bezahlung fordernden Uebernehmer entgegenhalten könne, er brauche nicht zu bezahlen, ehe im Weg der Auseinandersetzung festgestellt sei, ob und wieviel er unter Berücksichtigung seines Auseinandersetzungsguthabens an die Gesellschaft überhaupt noch schuldig sei, er dürfe bis dahin, die geschuldete Zahlung zurückhalten bezw. aufrechnen; dementsprechend wäre im vorliegenden Fall dem Anspruch des Kl. darauf, daß der Bekl. die infolge der Nichteintragung der geschehenen Patenteinwerfung in seiner

Hand zurückgebliebenen patentrechtlichen Befugnisse — in Ergänzung der von ihm zugesagten Einlage — nachträglich in das Gesellschaftsvermögen einbringe und damit auf den Kl. als den jetzt alleinigen Herrn dieses Vermögens übertrage und die hiefür erforderliche Uebertragungshandlung (die verlangte Einwilligungserklärung) vollziehe — vom Bekl. entgegenzuhalten, daß er diese Leistung nur gegen Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens vorzunehmen verpflichtet sei. Dies wäre allerdings in dem Fall zutreffend, wenn infolge des Konkursausbruchs über den Bekl., der Regel gemäß, die Auflösung der Gesellschaft und die durch sie nötig gemachte Teilung des Gesellschaftsvermögens (die Liquidation H.G.B. § 145 folg.) eingetreten wäre. In diesem Fall dauert die Gesellschaft und damit die Gemeinschaft des Gesellschaftsvermögens (behufs Abwicklung der laufenden Geschäfte, Versilberung der Gesellschaftsaktiven und Befriedigung oder Sicherung der Gesellschaftsgläubiger) fort bis zu beendigter Teilung, d. h. bis zur Auskehrung des nach Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger und Rückerstattung der Einlagen den einzelnen Gesellschafter treffenden Gewinnanteils oder des durch seinen Verlustanteil nicht verbrauchten Rests seiner Einlage; der einzelne Gesellschafter hat die in seinen Händen befindlichen Stücke des Gesellschaftsvermögens wie die von ihm der Gesellschaft geschuldeten Beträge behufs ihrer Verwendung zur Abwicklung und zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung zu stellen, aber nicht dem andern Gesellschafter als solchem, sondern nur dem Liquidator, d. h. dem durch Vereinbarung aller Gesellschafter, nötigenfalls durch das Gericht (H.G.B. § 146) bestellten Vertreter des (noch gemeinschaftlichen) Gesellschaftsvermögens; und auch wo es bei der Liquidation durch die Gesellschafter selbst verbleibt und nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, könnte dem einen Gesellschafter, welcher von einem andern die Bezahlung einer von diesem noch geschuldeten rückständigen Geldeinlage fordern wollte, vom letzteren, unter Berufung auf die noch nicht aufgehobene Vermögensgemeinschaft,

entgegengehalten werden, daß er diese Einlage nicht dem Kl. sondern der Gesellschaft schulde und daß über diese Gesellschaftsforderung nur derjenige verfügen dürfe, dem sie im Verfolg des Teilungsverfahrens — also auf Grund des Verteilungsplans — durch übereinstimmenden Beschluß beider Liquidatoren, nötigenfalls durch Verfügung des Teilungsrichters, zugewiesen sei, was die Festsetzung des Teilungsplans und damit die Feststellung zur Voraussetzung habe, ob und was er, mit Rücksicht auf das ihm zukommende Auseinandersetzungsguthaben, an seiner Schuld noch zu entrichten und wem er es zu entrichten habe.

Anders aber liegt die Sache dann, wenn im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters (durch) freiwilligen Austritt, Tod oder durch Ausschließung oder Konkurs bezw. Zwangsvollstreckung in seinen Gesellschaftsanteil) die Auflösung der Gesellschaft und die damit gegebene Notwendigkeit der Liquidation beseitigt wird dadurch, daß die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen, bezw., wo nur ein Gesellschafter übrigbleibt, der übrigbleibende das Geschäft der früheren Gesellschafter fortsetzen und zu diesem Zweck das gesamte Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven (ohne Liquidation) übernehmen zu wollen erklärt hat. In diesem Fall ist — nach B.G.B. § 738 — mit dem Ausscheiden des einen Gesellschafters sein Anteil am Gesellschaftsvermögen (in dem zur Zeit seiner Ausscheidung vorhandenen Stande) dem andern Gesellschafter „zugewachsen", d. h. von Rechts wegen auf diesen übergegangen, der nicht Ausscheidende sonach — ohne Uebertragung seitens des Ausgeschiedenen und ohne Entscheidung von Liquidatoren oder Teilungsrichtern — zur Einklagung der ganzen beim Ausgeschiedenen noch rückständigen Forderung der Gesellschaft befugt; der Ausgeschiedene aber steht jetzt dem Uebernehmenden als dem alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens nicht mehr als Gesellschafter, sondern als Nichtgesellschafter gegenüber, welcher, wie jeder dritte Gesellschaftsschuldner, seine Schuld an den die Gesellschaft vertretenden Uebernehmer schlechtweg zu ent-

richten hat; er kann seinen Anspruch auf das, was er im Fall der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft als sein Auseinandersetzungsguthaben erhalten haben würde und was er jetzt, ohne Auseinandersetzungsverfahren als eine Geldforderung gegen den Uebernehmer anzusprechen hat, weder zur Aufrechnung auf seine Gesellschaftsschuld noch auch zur Zurückhaltung ihrer Erfüllung bis zur Erfüllung seiner Forderung geltend machen. Dürfte er bis zur Auszahlung seiner Abfindungsforderung seine Leistung zurückhalten, so wäre der Uebernehmer in der Verfügung über dieses Gesellschaftsaktivum infolange gehemmt und dadurch der Fortbetrieb des Geschäfts möglicherweise lahmgelegt, auch sein Kredit gefährdet, also gerade das vereitelt, was der Zweck der Uebernahme ist und was die Uebernahmeerklärung nach dem Gesetz bewirken soll: die durch Liquidationsschwierigkeiten nicht gehinderte ununterbrochene Fortführung des Geschäftsbetriebs.

Schon nach bisherigem Recht war diese Wirkung herbeizuführen in dem Fall ermöglicht, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen oder vor Auflösung der Gesellschaft von den Gesellschaftern frei vereinbart war, daß beim Ausscheiden des einen Gesellschafters der andere das Geschäft für alleinige Rechnung fortzusetzen berechtigt sein solle. Für diesen Fall hat das Reichsgericht I. Civilsenat am 4. März 1893 [1]) entschieden: nach dem Sinn einer solchen Vereinbarung sei der das Geschäft Fortsetzende nicht erst dann, wenn er den Ausscheidenden abgefunden habe oder die Abfindungssumme ermittelt sei, sondern vom Tage des Ausscheidens ab berechtigt, das Geschäft für seine eigene Rechnung zu betreiben (demnach über die Gesellschaftsaktiven frei zu verfügen) ohne daß ihn der andere durch Berufung auf seine noch unermittelte Abfindungsforderung und deren durch die freie Verfügung des Uebernehmenden bewirkte Gefährdung hieran hindern könnte, „weil sonst bis zur Ermittlung der Abfindungs-

1) Bolze, Praxis ꝛc. Bd. 16 S. 292 Nr. 495.

summe das Geschäft stillstehen müßte".

Was hier aus der Vereinbarung der Parteien als vermutlicher Geschäftswille abgeleitet wird, ist durch § 738 B.G.B. als (vermittelnder) Rechtssatz festgesetzt.

An Stelle der im I. Entwurf des B.G.B. § 658 Abs. 4 und 5 vorgesehenen Bestimmung: „daß der Ausscheidende verpflichtet sei, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen und letztere dagegen verpflichtet seien, dem Ausscheidenden sein Auseinandersetzungsguthaben in einer Geldsumme zu zahlen" hat die II. Kommission in § 673 des II. Entw. die — in § 738 des Gesetzes nahezu wörtlich übernommene — Bestimmung vorgeschlagen, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters sein Anteil am Gesellschaftsvermögen „den übrigen Gesellschaftern zuwachse"; „diese letzteren sind verpflichtet" (nicht: „sind dagegen verpflichtet"), dem Ausscheidenden ein Auseinandersetzungsguthaben in Geld zu zahlen" — und hat diese Aenderung damit begründet: „dieselben Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, eine Verabredung, daß die Gesellschaft trotz Ausscheidens einzelner Mitglieder fortbestehen solle, als rechtsverbindlich anzusehen, lassen es als wünschenswert erscheinen, daß die übrigen Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken entsprechend verfügen können, ohne durch ein etwaiges Einspruchsrecht des ausgeschiedenen Gesellschafters behindert zu werden", m. a. W.: an Stelle der im I. Entw. vorgesehenen Uebertragungspflicht des Ausscheidenden ist das von Rechts wegen eintretende Anwachsen seines Gesellschaftsanteils aus dem Grund gesetzt worden, weil hiedurch verhindert werden soll, daß die die Gesellschaft Fortsetzenden in dem ungestörten Fortbetrieb des Geschäfts dadurch gehemmt werden, daß der zur Uebertragung seines Geschäftsanteils verpflichtete Ausgeschiedene diese nur gegen gleichzeitige oder vorausgehende Befriedigung seiner Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen vornehmen, m. a. W. an den in seiner Hand befindlichen Gesellschaftsaktiven

ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen wollte.

Danach würde die Zulassung eines solchen Zurückbehaltungsrechts gegen Sinn und Zweck des § 738 B.G.B. verstoßen und kann deshalb auch im vorliegenden Fall von Anwendung des § 273 B.G.B. keine Rede sein; diese letztere Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß Forderung und Gegenforderung, Recht und Pflicht, aus ihrem natürlichen Zusammenhang nicht losgerissen werden sollen; wo aber dem an sich vorliegenden („natürlichen") Zusammenhang vom Gesetz aus höheren Rücksichten die rechtliche Anerkennung versagt ist, kann der einzelne auf solchen Zusammenhang nicht mehr zu seinem Vorteil sich berufen.

Urteil des I. Zivilsenats vom 14. März 1902 i. S. Müller g. Johannes.

16.

Ist die Bestimmung des § 343 B.G.B. (richterliche Ermäßigung der Vertragsstrafe) anwendbar auf Vertragsstrafen, die vor dem 1. Januar 1900 vereinbart worden sind?

Die Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

Dem bis 1. Januar 1900 in Württemberg in Geltung gewesenen Recht, unter dessen Herrschaft der Vertrag geschlossen wurde, war eine Befugnis des Richters zur Herabsetzung einer Vertragsstrafe fremd. Der vom Unterrichter angenommenen Rechtsmeinung aber, daß die Bestimmung des § 343 des B.G.B. auf Rechtsverhältnisse zurückwirke, welche vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden sind, kann nicht beigetreten werden. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß der Gesetzgeber bei der Einführung der Bestimmung des § 343 von der Erwägung geleitet wurde, daß ein Bedürfnis bestehe, den schweren Uebertreibungen und Ausschreitungen, zu welchen das Ausbedingen von Vertragsstrafen in nicht seltenen Fällen mißbraucht wird, durch eine

beſondere Vorſchrift nach Möglichkeit vorzubeugen [1]). Allein dies erſcheint doch nicht ausreichend, um hieraus den Willen des Geſetzgebers abzuleiten, ſeiner Vorſchrift rückwirkende Kraft beizulegen. Wenn auch an ſich ein ſolcher Wille, ohne daß er ausdrücklich erklärt worden iſt, aus der Bedeutung entnommen werden kann, welche der Geſetzgeber dem neuen Rechtsſatz aus Gründen des Rechts- und Sittlichkeitsgefühls beilegt, ſo iſt doch bei jedem neu eingeführten Rechtsſatz zu prüfen, ob dieſe Gründe dem Geſetzgeber wichtig genug erſchienen, um dem Satz rückwirkende Kraft auf die dem früheren Recht angehörigen Verträge einzuräumen, und damit in beſtehende Vertragsrechte einzugreifen. Für eine ſolche Annahme fehlt es im Falle des § 343 B.G.B. an genügenden Anhaltspunkten, nachdem der Geſetzgeber nicht etwa eine Ungültigkeit der Vereinbarung hinſichtlich des übermäßigen Betrags ausgeſprochen, ſondern nur eine, überdies vom Antrag des Schuldners abhängige, Befugnis des Richters zur Ermäßigung feſtgeſetzt hat. Gegen die gedachte Annahme ſpricht außerdem die Erwägung, daß der Geſetzgeber auch der Vorſchrift des § 4, 1 des Geſetzes vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeſchäfte die Rückwirkung verſagt hat, obwohl hier gleichartige geſetzgeberiſche Gründe vorlagen, und der Geſetzgeber bei der Einführung des Satzes in § 343 gerade auch an dieſen Satz ſich angeſchloſſen hat [2]). Wird aber verneint, daß dem Rechtsſatz in § 343 des B.G.B's rückwirkende Kraft beiwohnt, ſo bleiben von dieſem Rechtsſatz auch diejenigen Fälle unberührt, in denen die Vertragsſtrafe zwar auf Grund eines dem früheren Recht angehörigen Vertrags, aber durch eine erſt unter der Herrſchaft des B.G.B's begangene Vertragsverletzung verwirkt worden iſt. Nach dem Ausgeführten konnte dem Antrag der Beklagten auf Herabminderung der eingeforderten Vertragsſtrafe nicht ſtattgegeben werden.

---

1) Vgl. Komm. Prot. Bd. I S. 783.

2) Entſch. d. R.G. im ſächſ. Arch. für bürg. Recht Bd. 10 S. 751.

Urteil des I. Civilsenats vom 27. Juni 1902 i. S. Gurr gegen Württ. Hohenzollern'sche Brauereigesellschaft. Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden: vergl. R.G. 53 Nr. 105.

17.

Berechnung der Vergleichsgebühr, wenn der Vergleich
1. sich auf nicht eingeklagte Ansprüche erstreckt,
2. außergerichtlich abgeschlossen, aber zum gerichtlichen Protokoll festgestellt ist?

Kl. hat auf Bezahlung von 500 M. Klage erhoben. Nach Verhandlung der Sache im Berufungsverfahren zeigten die Parteien vor der auf 4. Oktober 1901 anberaumten Verkündigung des Gerichtsbeschlusses an, daß sie sich verglichen haben, und im Termin vom 4. Oktober den Vergleich zu Protokoll geben werden. Der demgemäß zu Protokoll gegebene Vergleich, wonach Bekl. die Kosten des Rechtsstreits übernommen hat, bezog sich auf die ganze Forderung des Klrs. im Betrag von 2000 M., wovon die eingeklagten 500 M. einen Teil bildeten. In seinem Kostenfestsetzungsgesuch hat Kl. eine Vergleichsgebühr aus 2000 M. mit 36 M. berechnet, die Civilkammer hat diese Gebühr auf 9 M. 50 Pf. herabgesetzt. Die Beschwerde des Klrs. gegen diesen Abstrich ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Was zunächst die Frage betrifft, aus welchem Streitwert die dem kläg. Anwalt zukommende Vergleichsgebühr zu berechnen sei, so ist Gegenstand des anhängig gemachten Rechtsstreits nur der auf 500 M. sich belaufende Teilbetrag des kläg. Gesamtanspruchs von 2000 M. gewesen. Wenn nun auch in dem von den Parteien geschlossenen Vergleich der Gesamtanspruch des Klrs. hineingezogen und mit dem Vergleich erledigt worden ist, so bestimmt sich doch die für die Höhe der Vergleichsgebühr maßgebende Wertstufe nur nach demjenigen Betrag der kläg. Forderung, welcher

im Prozeß befangen war. Auch der Wortlaut des Vergleichs berechtigt nicht zu der Annahme, daß der Bekl. die Erstattung einer höheren als der aus dem Streitwert von 500 M. sich ergebenden Vergleichsgebühr habe übernehmen wollen. Der Bekl. hat sich zur Tragung sämtlicher Kosten des „Rechtsstreits" verpflichtet. Zu den Kosten des „Rechtsstreits" gehört aber nur die im Rechtsstreit aus dem anhängig gemachten Teilanspruch erwachsene Vergleichsgebühr. Hiemit erledigt sich auch die Frage, ob der Bekl., wenn der kläg. Anwalt für seine Mitwirkung auch bei Erledigung des nicht anhängig gemachten Mehranspruchs von 1500 M. gemäß § 92 R.A.G.O. eine höhere Gebühr als die aus dem Streitwert von 500 M. sich ergebende Vergleichsgebühr von seiner Partei beanspruchen könnte — vgl. hiezu Königl. Württ. V.O. vom 29. Januar 1869 § 43 und vom 30. April 1875 §§ 1—5 —, auch für den Mehrbetrag erstattungspflichtig wäre. Denn dieser Mehrbetrag würde gleichfalls nicht zu den Kosten des „Rechtsstreits" gehören, deren Tragung allein der Bekl. übernommen hat [1]).

Was den zweiten Beschwerdepunkt betrifft, so ist die Rechtsprechung und Theorie — von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen [2]) — dahin einig, daß die durch § 18 R.A.G.O. bestimmte Ermäßigung der Vergleichsgebühr nicht bloß dann eintritt, wenn der Vergleich erst unter Mitwirkung des Gerichts abgeschlossen wird, sondern auch dann, wann ein zwischen den Parteien unter Mitwirkung ihrer Anwälte zuvor schon völlig verabredeter außergerichtlicher Vergleich vorliegt und nur zu gerichtlichem Protokoll festgestellt wird [3]).

Der Civilsenat hat keinen Anlaß zu einer von der

---

1) Vgl. auch Entsch. d. R.G. Bd. 36 S. 404; Württ. Jahrb. Bd. 8 S. 217; Rechtsprechung der O.L.G. Bd. 2 S. 427; Busch, Zeitschr. Bd. 18 S. 532.

2) Vgl. z. B. Walter 2. Aufl. S. 249.

3) Vgl. Meyer-Irmler 3. Aufl. § 18 Note 2; Pfaffenroth 3. Aufl. § 18 Anm. 1; Willenbücher § 18 Note 2; R.G. in Jurist. Wochenschr. 1888 S. 100; R.G. bei Walter a. a. O.

herrschenden Ansicht abweichenden Auffassung.

Beschluß des I. Civilsenats vom 25. März 1902 i. S. Renz gegen Strohhäcker.

18.

Haftung des Eigentümers einer Wirtschaft für die von seinem angeblichen Wirtschaftsführer, der aber in Wirklichkeit die Wirtschaft für eigene Rechnung betreibt, bezogenen Lieferungen?

Kläger hat Weinlieferungen im Preis von über 1400 M. gemacht zu Handen des W. F., der damals eine dem Bekl. gehörige Wirtschaft als „Wirtschaftsführer" betrieben hat. Auf Klage des Klägers ist der Beklagte zur Bezahlung des Weines verurteilt worden, obwohl dieser geltend machte, F. habe in Wirklichkeit die Wirtschaft als sein Pächter für eigene Rechnung geführt und Kläger habe die ganze Sachlage gekannt.

Gründe:

1. Wenn der urkundlich festgesetzte Vertrag, welcher nach dem unstreitigen Tatbestand I. Instanz zu Anfang des Jahres 1895 zwischen dem Beklagten und W. F. zu Stand gekommen ist, von diesen beiden in der ernstlichen Absicht geschlossen (und aufrechterhalten) worden wäre, den Bestimmungen der Gewerbeordnung gerecht zu werden, so hätte sich folgendes Vertragsverhältnis zwischen jenen beiden ergeben:

Nur der Beklagte hatte die Erlaubnis, die Wirtschaft zu betreiben (G.O. § 33) d. h. sie auf eigene Rechnung zu betreiben; er konnte aber seine Betriebsbefugnis durch einen Stellvertreter ausüben (G.O. § 45) und als solchen hat er den F. mit der (auch sonst für einen Vertreter im Wirtschaftsbetrieb üblichen) Bezeichnung eines „Wirtschaftsführers" bestellt. — Der Beklagte durfte dem F. auch nicht einen Teil des Wirtschaftsbetriebes zur Führung auf eigene Rechnung übertragen, insbesondere nicht

den Weinausschank. Wenn in § 2 Abs. 2 des Vertrages bestimmt war, daß „der Nutzen an Wein" dem F. zufalle, so war damit nur ausgesprochen, daß dieser Teil des Ertrages, welcher zunächst dem Bekl. als Verkäufer des Weines zufallen mußte, auszumitteln und dem F. als Belohnung für seine Stellvertretung zu überlassen sei.

Da der Kauf von geistigen Getränken in der Absicht des Ausschanks in kleineren Mengen ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 des alten H.G.B. ist und der Beklagte durch seinen Stellvertreter solche Geschäfte gewerbemäßig betrieb, also Kaufmann im Sinne des Art. 4 d. H.G.B.'s und § 1 Abs. 1 vergl. mit Abs. 2 Ziff. 1 des jetzigen H.G.B. war, so war F. Handlungsbevollmächtigter im Sinn von Art. 47 des alten und § 54 des jetzigen H.G.B.

Aus der Uebertragung der Wirtschaftsführung an F. ergab sich, daß dieser auch den zum Ausschank erforderlichen Wein einzukaufen hatte, und wenn er über solche Verträge mit dritten verhandelte, so war es selbstverständlich, daß er auch hiebei Stellvertreter des Beklagten war und als solcher von dem anderen Vertragschließenden, welchem das Vorhandensein eines Prinzipals im Sinn des Art. 47 des alten § 54 des jetzigen H.G.B. bekannt war, angesehen wurde, so daß also aus derartigen Weinkaufverträgen *der Bekl.* berechtigt und verpflichtet wurde.

2. Nach Inhalt der Behauptungen des Beklagten über seine mündlichen Vereinbarungen mit F., welche Behauptungen durch die Zeugenangabe des letzteren bestätigt sind, ist allerdings ein wesentlich *anders gestaltetes* Rechtsverhältnis zwischen jenen beiden zu Stand gekommen.

Wenn solches Vorbringen des Zeugen richtig ist, wenn also in Wirklichkeit ein Pachtverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Zeugen bestand, so hat nicht der Beklagte, sondern *ꝛc. F.* die Wirtschaft als selbständiger Gewerbe*treibender* im Sinn des § 14 der G.-O. betrieben. Da es aber dem letzteren nach seiner Zeugenaussage niemals gelang, eine Erlaubnis zu selbständigem Wirtschaftsbetrieb zu

erhalten, so wäre er der Gefahr einer Strafe aus § 147 Ziff. 1 G.O., der Bekl. der Gefahr einer Bestrafung wegen Beihilfe zu genanntem Vergehen ausgesetzt gewesen, wenn beide es gegenüber Dritten zugegeben hätten, daß ꝛc. F. Wirtschaftspächter sei. Hieraus ergibt sich schon eine allgemeine Wahrscheinlichkeit dafür, daß beide nach außen den Anschein anfrecht erhalten haben, es bestehe zwischen ihnen das nach der G.O. gesetzlich erlaubte Rechtsverhältnis im Sinn der obigen Ausführungen. Daß aber der Schein eines solchen Stellvertretungsverhältnisses gegenüber dem Kläger bei dem Abschluß der der Klageforderung zu Grund liegenden Kaufverträge aufrecht erhalten worden ist, ergibt sich aus dem unstreitigen Tatbestand in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz, wie hienach des näheren zu erörtern ist.

a) F. hat, wie aus dem Inhalt seiner Zeugenangabe zu entnehmen ist, gegenüber dem Kläger zwar nicht ausdrücklich erklärt, daß er als Stellvertreter des Bekl. kaufe; er hat aber wiederholt Aeußerungen gegenüber denselben getan, aus welchen Kläger entnehmen mußte, daß die Weinkäufe auf Rechnung des Bekl. abgeschlossen werden, und welche sinnlos gewesen wären, wenn ꝛc. F. gegenüber dem Kläger zugegeben hätte, daß er als Pächter die Wirtschaft führe.

Wenn bei solchen Gebahren des F. der Kläger die Rechnungen über gelieferte Weine auch an diesen gesendet hat, so enthielt dies keine Kundgebung des Klägers, daß er den ꝛc. F. als seinen Schuldner ansehe, sondern daß Kläger davon ausgehe, F. werde von dem Bekl., wie mit der Bestellung, so auch mit der Zahlung des Weines beauftragt sein.

b) Der Beklagte gibt zu, daß er bezüglich der beiden ersten Weinlieferungen Rechnungen von Kläger erhalten hat, welche auf den Namen des Bekl. ausgestellt waren. Hieraus erfuhr der Beklagte, daß der Kläger den ꝛc. F. als seinen Stellvertreter (Handlungsbevollmächtigten), ihn aber als den Wirt (Prinzipal) ansehe. Wollte der Bekl. dem Kläger zu

verstehen geben, daß ꝛc. F. nicht auf Rechnung des Bekl., sondern auf eigene Rechnung kaufe, so genügte es nicht, wenn er dem Kläger sagen und schreiben ließ, dieser solle dem Beklagten keine Rechnung mehr schicken. Denn der Beklagte konnte, auch wenn er der Prinzipal war, die Bezahlung der Rechnungen nebst der Buchführung des ꝛc. F. übertragen, und im übrigen wurden nach der dem Kläger durch ꝛc. F. übermittelten Weisung des Beklagten vom 7. Januar 1901 die Ladescheine auf den Namen des Beklagten ausgestellt, so daß dieser von jeder weiteren Lieferung Kenntnis erhielt. — Deshalb erscheint unerheblich, ob der Bekl. bezüglich jeder Lieferung auch die in dem Kopierbuch des Kls. enthaltenden Rechnungen erhalten hat.

c) Nach § 15a. d. G.O., welcher am 1. Januar 1900 in Wirkung getreten ist, haben Gewerbtreibende, welche eine Wirtschaft betreiben, ihren Familiennamen an der Außenseite der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Da durch die an der Wirtschaft des Beklagten angebrachte Aufschrift wie unbestritten dieser, nicht ꝛc. F. als der Gewerbtreibende angegeben war, so mußten alle, welchen jene gesetzliche Vorschrift bekannt war, annehmen, daß F., wenn er auf die zum Betrieb der Wirtschaft erforderlichen Verträge ohne Nennung des Namens des Beklagten abschloß, als dessen Stellvertreter handle.

3. Da der Beklagte hienach gewußt und geduldet hat, daß ꝛc. F. sich als sein Stellvertreter (Bevollmächtigter) gebärde und als solcher Kaufverträge mit Kläger abschließe, und da der Bekl. der Fortsetzung solcher Abschlüsse keinen Widerspruch entgegengesetzt hat, so muß er sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr gefallen lassen, als Geschäftsherr angesehen zu werden; er haftet daher dem Kläger für Bezahlung des eingeklagten Kaufschillingsbetrags [1]).

An solcher Haftung des Beklagten kann dessen unbe-

1) Vergl. R.G. Bd. 43 S. 190/91 u. B.G.B. § 157.

stimmtes Vorbringen: Kläger habe aus Mitteilungen des Bekl. „die ganze Sachlage gekannt" nichts ändern, ebenso wenig das Vorbringen: „Kläger habe das Verhältnis zwischen Bekl. und F. genau gekannt", (worüber Bekl. dem Kläger den Eid zugeschoben hat). Wenn der Kläger auch gewußt hätte, daß das Verhältnis zwischen Bekl. und F. von diesen als Pachtverhältnis angesehen werde, so dürfte er gleichwohl aus dem oben Ziff. 2, lit. a bis c erörterten Verhalten jener beiden den Schluß ziehen, daß Bekl. nach außen den ꝛc. F. als seinen Bevollmächtigten handeln lassen wollte, und hierin findet der Klaganspruch seine genügende Begründung.

Urteil des II. Civilsenats vom 20. März 1902. i. S. Ille g. Michel.

19.

Was ist unter dem „Betrieb einer Sortimentsbuchhandlung" zu verstehen?

Beklagter betreibt einen „Kunst-, Musikalien- und Verlagsbuchhandel"; bis Ende 1898 hat er auch eine Sortimentsbuchhandlung mit offenem Laden betrieben; durch Vertrag vom 12. Dezember 1898 hat er aber sein ganzes Sortimentsbuchlager an den Klr. verkauft und sich verpflichtet, in der betreffenden Stadt während 10 Jahren keine Sortimentsbuchhandlung zu betreiben. Kl. hat behauptet, Bekl. habe dieser Verpflichtung zuwidergehandelt, sofern er nach Abschluß des Vertrags eine Reihe von Büchern und Zeitschriften von anderen Buchhandlungen bezogen und (mit Nutzen) an Dritte verkauft habe. Bekl. hat u. a. geltend gemacht, auch wenn dies richtig wäre, so läge hierin noch kein „Betrieb einer Sortimentsbuchhandlung".

Hierüber besagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Ein kaufmännisches (oder gewerbliches) Geschäft betreibt,

wer eine Handels- (oder gewerbliche) Niederlassung in dem betreffenden Geschäftszweig errichtet oder hat, von der aus er entsprechende Geschäfte abschließt. Wem also vertragsmäßig verboten ist, ein Geschäft von gewisser Art in einem gewissen Bezirk zu betreiben, dem ist (sofern nicht besondere Gründe eine andere Auffassung rechtfertigen) verboten, eine Niederlassung der bezeichneten Art dort zu halten oder zu errichten; die gewerbsmäßige Entfaltung einer Tätigkeit, die mit der von einer Handelsniederlassung regelmäßig ausgehenden übereinstimmt und dem Vertragsgegner in ähnlicher Weise Konkurrenz macht wie eine Handelsniederlassung in dem betreffenden Bezirk, vermag die Verwirkung einer auf den Betrieb eines Geschäfts gesetzten Vertragsstrafe nicht herbeizuführen, falls jene Tätigkeit nicht von einer gewerblichen in dem betr. Bezirk befindlichen Niederlassung aus entfaltet wird [1]).

Der Bekl. hat in T. eine gewerbliche Niederlassung, sofern er dort eine Verlagsbuchhandlung sowie einen Kunst- und Musikalienhandel (mittels Kleinverkaufs) betreibt; der Kunst- und Musikalienhandel ist ein Geschäft, das häufig in Verbindung mit einer Sortimentsbuchhandlung betrieben wird [2]).

Wenn ein Kaufmann, der bisher einen Kunst- und Musikalienhandel betrieben hat, sein Geschäft in der Weise erweitert, daß er auf Bestellung auch Bücher von Verlegern und Großsortimentern zum Zweck des Verkaufs an die Besteller bezieht, und dabei seinerseits die Bücher mit dem bei Sortimentern üblichen Rabatt erhält, während er sie zu demselben Preis wie der Sortimentsbuchhändler abgibt, wenn er also diesen Geschäftszweig zwar nur nebenher in kleinem Umfang, aber doch gewerbsmäßig betreibt, d. h. in der auf

1) Vgl. Urteil dieses Senats vom 18. Jan. 1889 i. S. Schöninger g. Bumüller (in W.J.B. 4 S. 148 ff); R.G. 26 Nr. 27; Staub Komm. z. H.G.B. Anm. 12 zu § 74.

2) Vergl. auch Brockhaus Konv.-Lexikon s. v. „Sortimentsbuchhandlung".

Erschließung oder Erhaltung einer dauernden Erwerbsquelle gerichteten Absicht, so betreibt der Betreffende eine Sortimentsbuchhandlung, sofern nicht für den Betrieb einer solchen noch weitere Begriffsmerkmale erforderlich sind. Als ein solches könnte zunächst ein Laden in Betracht kommen, d. h. ein nicht nur jedem Bücherbesteller zugänglicher, sondern auch mit öffentlicher Ausstellung von Büchern verbundener Geschäftsraum. Regelmäßig wird ja ein Sortimentsbuchhändler einen derartigen Laden haben, ebenso wie ein Kunst- und Musikalienhändler; aber zum Begriff des Sortimentsbuchhändlers gehört ein solcher Laden so wenig als zu dem des Kunst- und Musikalienhändlers: Bekl. ist unstreitig letzteres, ohne einen Laden der bezeichneten Art zu haben (einen Schaukasten scheint er allerdings zu haben). Ein Sortimentsbuchhändler wird sodann in der Regel seinen Geschäftsbetrieb öffentlich ankündigen, sich von Zeit zu Zeit — für den Bezug von neu erschienenen Büchern — öffentlich empfehlen und ein Lager der gangbaren Bücher gewisser Fächer in größerem oder geringerem Umfang halten. Aber auch diese Art des Geschäftsbetriebs läßt sich nicht als notwendiges, wesentliches Merkmal einer Sortimentsbuchhandlung ansehen; gerade derjenige, der von seiner zunächst anderen Zwecken (wie dem Verlagsgeschäft, einer Kunst- oder Musikalienhandlung) dienenden, gewerblichen Niederlassung aus nebenher gewerbsmäßig Sortimentsgeschäfte zu machen sich entschließt, kann unter Umständen von derartigen Veranstaltungen absehen und sich darauf beschränken, unter der Hand seinem Kundenkreis bekannt zu geben, daß er auch im Einzelverkauf auf Bestellung Bücher fremden Verlags liefere, und sodann solche Bestellungen auszuführen. Ein als Hauptgeschäft betriebener Sortimentsbuchhandel wird freilich Veranstaltungen der bezeichneten oder ähnlicher Art nicht entbehren können, wohl aber ein als Nebengeschäft betriebener.

Urteil des I. Civilsenats vom 4. April 1902 i. S. Fues g. Klöres.

20.

Zur Auslegung des § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B.

Kläger hat vom Beklagten, seinem früheren Angestellten, wegen Verletzung eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbots die Bezahlung einer Vertragsstrafe verlangt. Beklagter hat diese u. a. aus dem Grunde verweigert, weil Kläger ihm Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses dadurch gegeben habe, daß er ihn des Diebstahls bezichtigt habe. Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Es fragt sich, ob bei Gelingen des vom Beklagten über den Diebstahlsbezicht angetretenen Beweises der Fall des § 75 Abs. 1 H.G.B. vorliegen könnte: „Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften des § 70, 71 aufzulösen", hier also wegen erheblicher Ehrverletzungen § 71 Ziff. 4 H.G.B., „so kann er u. s. w.".

Auch nach der Darstellung des Beklagten steht fest, daß dieser aus andern Gründen und mit ordentlicher Frist gekündigt hat und ausgetreten ist, sowie, daß der Beklagte jenen Bezicht des Diebstahls erst erfahren hat, nachdem er längst bei dem Kläger ausgetreten war und das Konkurrenzverbot übertreten hatte.

Daß auf einen solchen Fall § 75 H.G.B. nicht zutrifft, wird von Staub[1]) als sicher ohne Anführung einer gegenteiligen Meinung angenommen. Daß aus einem Grunde des § 70, 71 das Verhältnis von Handlungsgehilfen auch wirklich aufgelöst sein muß und es nicht genügt, wenn ein solcher Grund überhaupt vorliegt etwa nur in der Weise, daß die Auflösung wegen desselben möglich wäre, wenn der Angestellte das Vorliegen kennen würde, entspricht auch zunächst dem Wortlaut des § 75 und der Anordnung der

1) Kom. z. H.G.B. 6. u. 7. Aufl. Anm. 2 zu § 75.

Fälle in § 75 Abs. 1. Immerhin können die Worte „gibt .... Grund aufzulösen" namentlich im Zusammenhang damit Zweifel erregen, daß § 70 Abs. 1 H.G.B. unbeanstandet auch bei dem „Vorliegen eines wichtigen Grundes" Anwendung findet, der erst nachträglich, sogar erst nach der Entlassung eintritt[1]). Aber das letztere beruht auf der besonderen Erwägung, daß die Rechtfertigung des Rücktritts vom Vertrag vom Richter nach der gegenwärtigen Gestaltung der Verhältnisse zu prüfen ist. Diese Erwägung ist auf die Verletzung des Konkurrenzverbots oder auf die Frage seiner Wirksamkeit nicht gleichmäßig anzuwenden. Hier ist es die Art der Auflösung des Dienstverhältnisses, welcher nach § 75 Abs. 1 H.G.B. unter Umständen das Konkurrenzverbot als unbillig erscheinen läßt. Dies spricht aber dafür, daß es auf den wirklichen Grund der Auflösung ankommt. Im Entwurf des Reichsjustizamts für das neue H.G.B. von 1896 war der fragliche Fall in § 67 dahin bestimmt: „gibt er (der Prinzipal) durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses." Dies spricht entschieden für das Erfordernis wirklicher Veranlassung, nicht für die Annahme eines nur möglichen Anlasses. Diese Fassung ist in § 74 des an den Reichstag gelangten Entwurfs[2]) in die später auch vom Gesetz beibehaltene Fassung verändert: „gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der § 69, 70 aufzulösen". In der Denkschrift ist jedoch keine Aenderung der Bemerkung eingetreten[3]): „ganz ebenso liegt die Sache, wenn der Gehilfe durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals zur Auflösung des Vertragsverhältnisses veranlaßt worden ist".

Nach all dem ist davon auszugehen, daß die behauptete Ehrverletzung eine Unwirksamkeit des Konkurrenzverbots nach

1) Vergl. R.G. 32 S. 250; Staub H.G.B. Anm. 3 zu § 70.
2) S. Hahn, Materialien zum H.G.B. S. 25.
3) S. Denkschrift S. 65; Hahn: Motive S. 243.

§ 75 Abs. 1 H.G.B. nicht ergeben könnte.

Urteil des I. Civilsenats vom 18. April 1902 i. S. Sutor g. Roschmann.

21.

Ist die Verwandlung eines Vereins in eine Kommanditgesellschaft oder der Eintritt eines Kommanditisten als persönlich haftender Gesellschafter von Einfluß auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem Verein und dem betreffenden Gesellschafter?

Durch Vertrag mit dem Konsumverein Arbeiterbund H. vom 3. Mai 1896 hat G. B. „als Geschäftsführer" die Verkaufsstelle des Vereins in L. mit der Verpflichtung übernommen, alle Waren von dem Konsumverein zu beziehen. Für die aus diesem Vertrag entspringenden Verbindlichkeiten des G. B. gegen den Konsumverein hat sich der Bekl. am 10. Mai 1896 als Selbstzählerbürge haftbar gemacht. Der Konsumverein hat sich später in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, welcher G. B. zuerst als Kommanditist, nachher als persönlich haftender Gesellschafter angehörte. Aus letzterem Umstand suchte Beklagter, als er aus seiner Bürgschaft von der Kommanditgesellschaft belangt wurde, abzuleiten, daß das Vertragsverhältnis des G. B. zu der Klägerin und damit auch seine Haftung als Bürge aufgehört habe.

Aus den (auf dem alten Recht beruhenden)

Gründen

des Berufungsurteils:

Mit dem Vermögen des Konsumvereins sind auch dessen Rechte aus den Verträgen vom 3. und 10. Mai 1896 auf die Kommanditgesellschaft übergegangen, in welche der Konsumverein am 28. Dezember 1896 mit Wirkung vom 1. Januar 1897 ab unter ausdrücklicher Zuweisung seines vorhandenen Vermögens an die Kommanditgesellschaft umgewandelt worden ist. Bei der Zuweisung des vorhandenen Vermögens des Konsumvereins an die Kommanditgesellschaft

wurde kein Bestandteil jenes Vermögens und keine der Beziehungen, wie das Geschäft bisher bestand und mittels welcher es im Verkehr sich wirtschaftlich betätigte, ausgenommen.

Die frühere Streitfrage, ob auch solche Forderungen übertragen werden können, bei welchen der Gläubiger Verbindlichkeiten gegen den Schuldner hat, ist in Wissenschaft und Praxis längst in bejahendem Sinn entschieden [1]).

Auch die Rechte aus einem Dienstvertrage sind übertragbar, wenn durch einen solchen Uebergang nicht eine Veränderung des Leistungsinhalts des ursprünglichen Vertragsverhältnisses eintritt, nicht die Rücksicht auf höchst persönliche für das Vertragsverhältnis wesentliche Eigenschaften eines Kontrahenten entgegensteht [2]).

Die Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsvertrag vom 3. Mai 1896 haben aber keinerlei Aenderung des Leistungsinhalts dadurch erfahren, daß nunmehr die Kommanditgesellschaft an die Stelle des Konsumvereins getreten ist; die Leistungen sind für beide Teile gleich geblieben; insofern hatte sich nur der Name des Geschäftsherrn geändert; für den Inhalt der Leistungen, wie die Rechte des B. war die Umwandlung des bisherigen Vereins in die Form einer Kommanditgesellschaft unwesentlich.

Da auch bedingte und erst künftig zur Entstehung kommende Forderungen abgetreten werden können, so können auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, die auf fortlaufende beiderseitige Leistungen gerichtet sind, und zwar nicht bloß speziell auf Grund solcher Vertragsverhältnisse schon erworben und fällig gewordene Aktivposten cediert werden.

Mit der Uebertragung der Rechte aus dem mit dem Hauptschuldner abgeschlossenen Vertrage ging nun aber von selbst auch das Nebenrecht der Bürgschaft auf die Kommanditgesellschaft über [1]). Es ist daher unerheblich, daß der Be-

1) Motive z. E. I. B.G.B. II. § 295.

2) R.O.H.G. 18 S. 374; R.G. in Seuffert's Arch. Bd. 45 Nr. 177, Jahrbb. der württ. Rechtspflege 4 S. 288; 10 S. 16.

3) Windscheid, Pand. § 332 Nr. 2.

klagte ursprünglich sich dem Konsumverein gegenüber verbürgt hat. Selbst der Irrtum des Bürgen über die Person des Gläubigers schadet nicht [1]). Daß auch für bedingte und künftig fällig werdende Verbindlichkeiten eine Verbürgung rechtlich möglich ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Mit dem Erlöschen der Hauptschuld endigt zwar auch die Verbindlichkeit des Bürgen. Daß aber durch das Ende der Existenz des Konsumvereins als solchen nicht auch das Schuldverhältnis des G. B. aus dem Vertrag vom 3. Mai 1896 aufgehört hat, folgt aus den obigen Ausführungen.

Der Beklagte macht jedoch in dieser Instanz weiter geltend, es habe das Vertragsverhältnis des ꝛc. B. zu der Klägerin dadurch aufgehört, daß er im Juni 1899, während er bisher nur Kommandit war, persönlich haftender Gesellschafter geworden sei. Dieser Einwand ist unbegründet.

Durch den Eintritt des B. als persönlich haftender Gesellschafter ist weder das bisherige auf dem Geschäftsvertrage vom 3. Oktober 1896 zwischen B. und der Klägerin bestehende Schuldverhältnis erloschen, noch sind die Rechtsgeschäfte auf Grund des Geschäftsvertrags zwischen B. und der Klägerin etwa unmöglich geworden. Denn da die Kommanditgesellschaft, wie die offene Handelsgesellschaft, ein gegenüber den einzelnen Gesellschaftern selbständiges Rechtssubjekt ist, wenn sie auch nicht als juristische Person aufzufassen ist, so kann der Gesellschafter (nicht bloß der Kommanditist, sondern auch der persönlich haftende Gesellschafter, wie der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft) mit der Gesellschaft als solcher Rechtsgeschäfte abschließen und auf Grund dieser Geschäfte ihr Gläubiger oder Schuldner werden; so kann er mit ihr Kauf-, Miet-, Darlehens- u. a. Verträge schließen; seine Eigenschaft als Gesellschafter ist hiebei nur ein zufälliger Umstand; als Kontrahent steht er in solchen Fällen ihr wie ein Dritter gegenüber.

Das Vertrags- und Schuldverhältnis zwischen B. und

1) Windscheid, a. a. O. § 477 Nr. 2.

2) Goldschmid, Zeitschr. f. H.R. 42 S. 529 R.G.E. Bd. 36 S. 63.

der Klägerin hat somit durch die Umwandlung des ꝛc. B. aus dem Kommanditisten in einen persönlich haftenden Gesellschafter keine Aenderung erlitten.

Urteil des II. Civilsenats vom 5. Juni 1902 i. S. Kommanditgesellschaft Arbeiterbund Heilbronn, G. Kittler & Cie. gegen Limann.

22.

Kann Ersatz der Kosten eines im Ausland geführten Prozesses verlangt werden, wenn die Vollstreckbarkeit von Urteilen der Gerichte des betreffenden Landes in Deutschland ausgeschlossen ist und der Kläger im Inland ein mit dem ausländischen Urteil sachlich übereinstimmendes Urteil erwirkt?

Kläger, ein in Antwerpen ansässiger Kaufmann, hat gegen die Beklagte, eine offene Handelsgesellschaft in St., zunächst beim Handelsgericht in Antwerpen Klage auf Schadensersatz erhoben, die sich auf einen von der Beklagten in Antwerpen zu erfüllenden Vertrag stützte, und hat ein der Klage entsprechendes Versäumnisurteil des Handelsgerichts Antwerpen erwirkt. Da Beklagter diesem Urteil, dessen Vollstreckung im Deutschen Reich nicht zulässig war, keine Folge leistete, erhob Kläger bei dem zuständigen Gericht in St. Klage gegen die Beklagte auf Bezahlung des ihm durch das Antwerpener Gericht zugesprochenen Schadensersatzsumme und auf Ersatz der ihm durch den Antwerpener Prozeß erwachsenen Kosten. Dem ersteren Antrag wurde durch Teilurteil der Civilkammer, das vom Berufungsgericht bestätigt wurde, entsprochen, durch ihr Endurteil hat dagegen die Civilkammer den zweiten Anspruch abgewiesen und das O.L.G. hat die Berufung gegen dieses Urteil zurückgewiesen aus folgenden

Gründen.

Die in Rede stehenden Kosten im Betrag von 288 Mk. sind unstreitig Kosten des Antwerpener Prozesses, den der Kläger gegen die Beklagte geführt hat. Durch diesen Rechts-

ſtreit konnte Kl. anerkanntermaßen ein in Deutſchland vollſtreckbares Urteil gegen die Beklagte nicht erlangen und darauf, daß Beklagte ſich dem Urteil des belgiſchen Gerichts freiwillig fügen werde, konnte Kläger nicht rechnen: begreiflicherweiſe iſt ein unterlegener Beklagter im Zweifel nicht geneigt, ein im Inland nicht vollſtreckbares ausländiſches Urteil anzuerkennen, und wird er, wenn immer möglich, Verhandlung und Entſcheidung der Sache durch ein inländiſches Gericht beanſpruchen. Dieſe naheliegende Erwägung konnte und mußte auch der Kläger anſtellen und ſich demgemäß ſagen, daß ein zu ſeinen Gunſten lautendes Urteil des Antwerpener Gerichts ihn mutmaßlich nicht zum Ziel führen, er vielmehr einen zweiten Prozeß in St. gegen die Bekl. zu führen haben werde.

Es läßt ſich auch keineswegs ſagen, Bekl. habe chikanös oder ſchuldhaft gegenüber den Kl. gehandelt, indem ſie ſich dem in Antwerpen gegen ſie gefällten Urteil nicht unterwarf: abgeſehen davon, daß der vom Kl. erhobene Anſpruch nach Grund und Betrag nicht derart beſchaffen war, daß ſeine Berechtigung für Bekl. auf der Hand liegen mußte, kann es überhaupt niemals als ein ſchuldhaftes Verhalten eines Bekl. gegen den Kläger, das ihn dem letzteren gegenüber ſchadenserſatzpflichtig machen würde, angeſehen werden, wenn der Bekl. ſich einem im Inland nicht vollſtreckbaren ausländiſchen Urteil nicht freiwillig unterwirft. Wenn der inländiſche Staat die Urteile der Gerichte eines beſtimmten auswärtigen Staats nicht anerkennt (§ 328 C.P.O.) oder für nicht vollſtreckbar erklärt (§ 724 Abſ. 2 C.P.O.), alſo ausſpricht, daß er unter keinen Umſtänden die Hand dazu biete, einen Inländer zu zwingen, einem derartigen Urteil Folge zu leiſten, kann es dem Inländer nicht zur Schuld angerechnet werden, wenn er dem Urteil ſich zu unterwerfen ſich weigert. Iſt dem aber ſo, ſo iſt der Inländer auch nicht verpflichtet, dem obſiegenden Ausländer die von dieſem in einem ſolchen Prozeß, deſſen Urteil für den Inländer nicht maßgebend iſt, aufgewendeten Koſten zu erſetzen, auch wenn das nachher von

dem Ausländer angerufene inländische Gericht in seinem Urteil zum gleichen Ergebnis gelangt, wie das zuerst angegangene ausländische Gericht; denn diese Kosten waren für den Zweck, ein Urteil zu erwirken, das der Inländer gegen sich geltend lassen muß, vergeblich aufgewendet, wie der Ausländer von vornherein wußte oder wissen mußte.

Hieran ändert der Umstand nichts, daß im vorliegenden Fall Kl. bei dem Gericht des Orts im Ausland Klage erhoben hat, der nach dem Urteil dieses Senats vom 2. April 1901 für den Bekl. der Erfüllungsort war. Denn wenn § 21 C.P.O. das Gericht des Erfüllungsorts für Klagen auf Vertragserfüllung als zuständig bezeichnet, so hat er dabei selbstverständlich deutsche Gerichte im Auge. Aus § 328 Ziff. 1 C.P.O. mag sodann abzuleiten sein, daß das Inland ausländische Urteile von Gerichten des Erfüllungsorts anerkennt, falls nicht diese Anerkennung gemäß Ziff. 2 bis 5 dieses § ausgeschlossen ist; soweit aber letzteres zutrifft (z. B. weil — wie im gegenwärtigen Fall — die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist), vermag der Umstand, daß ein ausländisches, im Inland nicht vollstreckbares Urteil vom Gericht des Erfüllungsorts erlassen ist, keinen Grund dafür abzugeben, daß der Inländer für verpflichtet zu erachten wäre, sich diesem Urteil zu unterwerfen.

Es mag sodann sein, daß das Antwerpener Urteil für den Kl. insofern Wert hat, als er es unter Umständen mittels Pfändung von Forderungen der Bekl. an Einwohner Belgiens vollstrecken lassen kann. Daraus folgt aber nicht, daß Bekl. dem Kl. die Kosten des betreffenden Prozesses zu ersetzen verpflichtet ist, dessen Urteil ihm gegenüber keine Bedeutung hat, so weit eben nicht die Gerichtsgewalt des ausländischen Gerichts die Vollstreckung zu erzwingen tatsächlich in der Lage ist. Es war allerdings dem Kl., wenn er sich die Möglichkeit sichern wollte, die Zwangsvollstreckung in solche Vermögensteile der Bekl. herbeizuführen, die sich in Belgien befinden, unbenommen, ein Urteil eines belgischen Gerichts neben dem für die Bekl. allein maßgebenden des zuständigen deut-

schen Gerichts zu erwirken; aber ein Rechtsgrund dafür besteht nicht, der Bekl. die Kosten auch dieses zweiten, in Belgien geführten, für sie nicht maßgebenden Rechtsstreits aufzubürden.

Urteil des I. Civilsenats vom 21. Febr. 1902 i. S. Mömmersheim g. Lehrenkrauß.

23.

Zur Auslegung des § 21 C.P.O.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen.

Zwischen den Parteien ist außer Streit, daß der Bekl. jedenfalls schon zur Zeit der Klagerhebung am Orte seines, zweifellos als Fabrik zu betrachtenden A.'er Elektrizitätswerkes, also innerhalb des Landgerichtsbezirks R., zum Zwecke des Fabrikbetriebs eine Niederlassung i. S. des § 21 C.P.O., d. h. eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, gehabt hat. Der Kl., welcher die Zuständigkeit des Landgerichts R. in erster Linie auf die ebengenannte Gesetzesbestimmung gründet, erachtet es im Gegensatz zu der Auffassung des Bekl. für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht als erforderlich, daß die Niederlassung bereits zur Zeit der Entstehung des Klageanspruchs begründet war, und hält deshalb die Feststellung des Zeitpunktes der Begründung der Niederlassung des Bekl. nicht für geboten, sondern die Frage für entscheidend, ob die Klage auf den Geschäftsbetrieb der nunmehr vorhandenen Niederlassung Bezug habe. Diese Fragen aber bejaht der Kl. „weil der Geschäftsbetrieb bei einem Elektrizitätswerk nicht bloß in der Lieferung der elektrischen Kraft, sondern auch schon in der Anlage des Werks, in der Errichtung der elektrischen Zentrale bestehe" und die den Grund des erhobenen bildenden Arbeiten gerade dieser Errichtung gedient haben.

Man kann es nun dahingestellt lassen, ob nicht der Gerichtsstand der Niederlassung voraussetzt, daß der Anspruch

erst nach Errichtung der letzteren entstanden ist[1]); denn jedenfalls ermangelt die gegenwärtige Klage der Beziehung auf den Geschäftsbetrieb der A.'er Niederlassung des Bekl., deren Zweck die Erzeugung und die kaufmännische Verwertung von Elektrizität bildet. Der § 21 C.P.O. fordert einen Zusammenhang zwischen dem Klageanspruch und dem Betriebe, der Ausübung des Gewerbes[2]).

Von einem solchen Zusammenhang kann aber bei dem Anspruch des Kl. nicht die Rede sein; denn die Arbeiten des letzteren hatten für den Betrieb selbst, für die Erzeugung und die Abgabe der Elektrizität lediglich vorbereitenden Charakter; sie sollten das Gebäude schaffen, in dem das Gewerbe erst betrieben werden sollte und konnte, betrafen also die Begründung, nicht den Betrieb der Niederlassung[3]).

Wenn der Kl. vortragen läßt, daß auch die Vorbereitungsgeschäfte wie z. B. die Mietung eines Ladens zum Zwecke des beabsichtigten Warenverkaufs zum Gewerbebetrieb gehören, so mag diese Auffassung richtig sein, soweit es sich um die Frage handelt, ob in derartigen Geschäften der Beginn eines Handelsgewerbes zu erblicken sei[4]). Die Uebertragung eines solchen Rechtsgrundsatzes auf die Fälle des § 21 C.P.O. wäre aber schon deshalb ausgeschlossen, weil der Betrieb einer Niederlassung im Sinne dieser Gesetzesstelle erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem von der Niederlassung aus unmittelbar Geschäfte abgeschlossen werden, ganz abgesehen davon, daß § 21 zit. eine Beziehung des Klaganspruchs auf den Betrieb fordert.

Wenn der Kl. ferner zur Begründung der Zuständigkeit des Landgerichts R. unter dem Gesichtspunkt des § 21 C.P.O. behauptet, zur Zeit der Vergebung und der Vornahme seiner Arbeiten habe der Bekl. ein Bureau — unter der Leitung

1) Vgl. R.G. Bd. 30 S. 328 Z. 2 Satz 1.

2) Vgl. R.G. 44 S. 357, auch Bd. 2 S. 391.

3) Vgl. auch Petersen-Anger. Kom. z. C.P.O. § 21 Ziff. 10, Seuffert, Kom. z. C.P.O. § 21 Ziff. 4.

4) Vgl. Staub, Komm. z. H.G.B. S. 1043 Anm. 14.

des Ingenieurs W. — in A. gehabt, so ist nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand geeignet sein sollte, den in § 21 C.P.O. geforderten Zusammenhang zwischen jenen Arbeiten und dem Betrieb des Elektrizitätswerks bezw. der Niederlassung daselbst herzustellen.

Urteil des II. Civilsenats vom 13. März 1902 i. S. Wegmann g. Reisser.

24.

Zu § 91 Abs. 1 C.P.O.: eine Entschädigung für Zeitversäumnis einer Partei ist nur zulässig, soweit es sich um Zeitversäumnis durch notwendige Reisen oder notwendige Wahrnehmung von Terminen handelt.

Ein von der obsiegenden Partei berechneter Posten für Zeitaufwand durch schriftliche Beantwortung der gegnerischen Schriftsätze ist abgestrichen worden aus folgenden

Gründen:

Die maßgebende Vorschrift ist in Abs. 1 des § 91 der C.P.O. enthalten. Nach der Fassung dieses Absatzes, woselbst in Satz 1 die generelle Vorschrift vorangestellt ist, daß die notwendigen Kosten zu ersetzen sind, während in Satz 2 gesagt ist, daß zu diesen notwendigen Kosten „auch" der Aufwand für notwendige Reisen und die durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis gehört, könnte es zwar scheinen, als ob die in Satz 2 ausdrücklich bezeichneten Kosten nur beispielsweise hervorgehoben wären, und als ob insbesondere auch eine Anrechnung für sonstige Zeitversäumnis zulässig sei. Hiegegen spricht aber die Entstehungsgeschichte der Bestimmung des Satz 2 ganz entschieden. In der Begründung des Entwurfs zu dieser (ungeändert Gesetz gewordenen) Vorschrift der Novelle ist gesagt [1]):

„Durch den Zusatz am Schluß des Abs. 1 wird die bisherige streitige Frage, ob die unterliegende Partei dem Gegner

1) Vgl. Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 8 S. 87.

auch Entschädigung für Zeitversäumnis zu gewähren hat, in bejahendem Sinne entschieden. Diese Regelung, welche namentlich für den amtsgerichtlichen Prozeß praktische Bedeutung hat, erscheint aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt. Gegen übermäßige Anrechnungen wird der Ersatzpflichtige durch die Vorschrift gesichert, daß nur die Zeitversäumnis Berücksichtigung findet, die infolge notwendiger Reisen oder der notwendigen Wahrnehmung von Terminen entstanden ist und daß die für die Entschädigung von Zeugen geltenden Vorschriften (§§ 2,5 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878) entsprechende Anwendung finden".

Nach dem Bericht der Reichstagskommission [1]) bestand dort Geneigtheit, nicht etwa eine Entschädigung für Zeitversäumnis allgemein zuzulassen, sondern die Entschädigung für Zeitversäumnis bei Wahrnehmung notwendiger Termine als zu weitgehend zu streichen oder wenigstens einzuschränken — schließlich wurde aber der Entwurf unverändert angenommen.

Hienach ist die Novelle nicht davon ausgegangen, daß durch die Bestimmung des Satz 1 Abs. 1 bereits eine Entschädigungspflicht für Zeitversäumnis der Partei infolge des Prozesses statuiert sei, und daß es sich bei der betreffenden Vorschrift in Satz 2 nur um einen ausdrücklich auszusprechenden Anwendungsfall dieses Grundsatzes handle; vielmehr ist anzunehmen, daß die letztere Vorschrift eine singuläre, nicht schon aus der Bestimmung des Satz 1 sich ergebende sei. Somit ist eine Anrechnung für Zeitversäumnis nur insoweit erstattungsfähig, als es sich um Zeitversäumnis infolge notwendiger Reisen und bei Wahrnehmung notwendiger Termine handelt [2]), und es ist deshalb die vorliegend versuchte Anrechnung einer infolge schriftlicher Instruktion seines Anwalts entstandenen Zeitversäumnis des Kl. nicht erstat-

1) Vgl. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 288 ff.

2) So auch die Kommentare zur C.P.O. zu § 91: Reincke, 4. Aufl. Note 1 lit. a.; Petersen-Anger, 4. Aufl. unter II und Seuffert, 8. Aufl. unter Ziff. 1 lit. b.

tungsfähig. Der von dem Beschwerdeführer geltend gemachte Grund, die schriftliche Instruktion habe eine Reise zu dem Anwalt, deren Kosten zweifellos erstattungsfähig wären, ersetzt, ist nicht zutreffend. Im Kostenfestsetzungsverfahren kann es sich nur um die Anrechnung tatsächlich entstandenen Aufwands handeln und es können Ansprüche nach Art einer ungerechtfertigten Bereicherung keine Berücksichtigung finden, da, wie die Motive zur C.P.O. (zu § 85 des Entw.)[1]) sagen: „Schadensersatzansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Tatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, sondern noch durch weitere Umstände begründet wird, außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen."

Beschluß des I. Civilsenats vom 14. Januar 1902 i. S. Gunzenhauser gegen Bätzner.

25.

Inwiefern ist der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, das Grundstück in einem die Gefährdung der Umwohner ausschließenden Zustand zu erhalten?[2]).

In der Nacht vom 13. auf 14. Februar 1900 löste sich von einer steilen Felswand des zum Rittergut des Bekl. gehörigen Schloßbergs in W. ein größerer Felsblock im Gewicht von 80 bis 90 Zentnern los, stürzte herab und zertrümmerte die dem Schloßberg zugekehrte Wand des Parterrestocks in dem am Fuß des Schloßbergs gelegenen klägerischen Hause.

Der Kläger hat nun den Beklagten als Besitzer des Schloßbergs auf Schadensersatz verklagt. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

1) Reichstagsdrucksache Nr. 6 S. 436.

2) Die öffentlich-rechtliche Seite dieses Falles behandelt die in Bd. 14 S. 114 ff. abgedruckte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs.

Da das klägerischerseits dem Bekl. unter dem Gesichtspunkt sowohl des § 823 als des § 836 des B.G.B.'s zur Last gelegte Verhalten unzweifelhaft in einem Unterlassen bestehen würde, dieses Unterlassen aber bis zu dem in der Nacht vom 13. auf 14. Februar 1900 erfolgten Eintritt des schädigenden Ereignisses, mithin auch nach Inkrafttreten des B.G.B.'s, fortgedauert hätte, so ist das vom Kl. behauptete Schuldverhältnis als unter dem neuen Recht entstanden anzusehen und daher nach diesem zu beurteilen. (E.G. z. B.G.B. Art. 170.)[1])

Unstreitig hat der Besitzvorgänger des Klr.'s, J. St. in W., etwa um das Jahr 1845 das in Frage stehende Haus auf einem damals, wie auch jetzt noch zum Freiherr von K.'schen Rittergut gehörigen Grundstück nach vorgängiger vertragsmäßiger Vereinbarung mit dem Rechtsvorgänger des Bekl. errichtet, wobei St. sich zur Bezahlung eines jährlichen „Grundzinses" von 6 fl. verpflichtete, eine Leistung, welche bei den späteren Verkäufen des Hauses jeweils von den Käufern, namentlich auch dem Kläger, übernommen wurde. Bei dieser Sachlage und da — wie der Unterrichter zutreffend hervorhebt — der Vertrag über Bestellung einer Superficies formlos, insbesondere ohne Beobachtung der für die Begründung von Realservituten gegebenen Vorschriften des württ. Landrechts abgeschlossen werden konnte, besteht kein Bedenken, in Uebereinstimmung mit beiden Parteien die Berechtigung des Klägers an dem Hause als eine superficiarische aufzufassen, und es ist auf dieselbe nach E.G. z. B.G.B. Art. 184, soweit es sich um die Vorschriften in B.G.B. § 1017 handelt, das neue Recht über Erbbaurecht, im übrigen aber das alte Recht anzuwenden[2]). Durch den Felssturz ist hienach nicht eine im Eigentum des Klr.'s stehende Sache, sondern eine Sache des Bekl., an welcher dem Kl. ein Erbbaurecht zusteht, beschädigt worden. Dieser Umstand würde jedoch

1) Vgl. Habicht Einwirkung. 2. Aufl. S. 171 Note 2.

2) Vgl. auch Habicht a. a. O. S. 414 ff.; Planck B.G.B. zu Art. 184 E.G.

die Anwendung des § 823 Abs. 1 B.G.B. nicht hindern, da eben das Erbbaurecht als das verletzte Recht anzusehen wäre (vgl. die Worte „Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Andern")[1]) und — das Zutreffen der sonstigen Erfordernisse des § 823 vorausgesetzt — Bekl. trotz des ihm als Inhaber des Majorats zustehenden Eigentums an dem Hause keine Befugnis zur Verletzung jenes Rechts des Klr.'s gehabt hätte — vgl. § 903 („soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen") und § 916 B.G.B.

Anlangend die weitere Frage, ob anzunehmen ist, daß der Bekl. die Beschädigung des klägerischen Hauses fahrlässig herbeigeführt hat, so könnte, wie bereits erwähnt wurde, das betreffende Verhalten des Bekl. nur in einem Unterlassen, nämlich der Nichtanwendung von Schutzmaßregeln zur Verhütung des Felssturzes, gefunden werden. Daß nun die unter § 823 fallende widerrechtliche Handlung sowohl in einem Tun als in einem Unterlassen bestehen kann, unterliegt keinem Zweifel[2]). Allein so wenig, wie nach früherem gemeinen Recht[3]), ist nach dem B.G.B. als ein die Haftpflicht begründetes Unterlassen schon ein bloßes passives Verhalten, ein Nichttun, anzusehen; vielmehr muß sich das Unterlassen als Nichterfüllung einer Rechtspflicht zum Handeln darstellen[4]). Hienach fragt sich zunächst, ob auf seiten des Bekl. eine Verpflichtung bestand, an dem Bergabhang, von welchem sich der Felsblock losgelöst hat, die geeigneten Schutzmaßregeln zur Verhütung des Felssturzes bezw. zur Verhinderung einer Schädigung des klägerischen Hauses zu treffen.

Kläger versucht eine solche Verpflichtung des Bekl. aus

1) Und hiezu Planck a. a. O. Bem. 2 a Abs. 9 zu § 823 Abs. 1.

2) Vgl. I. Entw. eines B.G.B.'s § 704 Abs. 1, wo dies ausdrücklich hervorgehoben war; Motive Bd. 2 S. 727, Planck a. a. O. Bem. 2 b a. E. zu § 823; Endemann, Lehrb. des Bürg. Rechts § 201 Nr. 4.

3) Vgl. z. B. l. 13 § 2 D. 7, 1; l. 8 pr., l. 27 § 9; l. 31 D. 9, 2; Windscheid, Pandekten § 455 Nr. 2; Wächter, Pand. § 215, Jahrb. der Württ. Rechtspflege Bd. 8 S. 300.

4) Vgl. Endemann a. a. O. § 201 Nr. 4 u. § 131.

dem öffentlichen Recht herzuleiten. In der Tat wird in neuerer Zeit vielfach der Grundsatz aufgestellt, daß der Eigentümer einer Sache bezw. eines Grundstücks die Verpflichtung habe, dasselbe in einem solchen Zustand zu erhalten, und erforderlichen Falls auch so umzugestalten, wie es die polizeilich zu schützenden öffentlichen Interessen verlangen, und zwar auch dann, wenn die betr. mangelhafte Beschaffenheit der Sache, des Grundstücks, ohne Zutun des Eigentümers, insbesondere durch Zufall, entstanden ist. Dieser Grundsatz wird vor Allem in der Praxis des preuß. Oberverwaltungsgerichts in zahlreichen Entscheidungen nicht bloß für Gebiete des Allg. preuß. Landrechts sondern auch für Landesteile, in welchen das gemeine Recht galt, vertreten [1]) — und auch das Reichsgericht (5. Civilsenat) hat denselben in einer Entscheidung vom 10. Juni 1896 [2]), wenigstens soweit es sich um die Erhaltung des Grundstücks in einem der polizeilichen Anforderungen entsprechenden Zustand handelt, als zutreffend erachtet. Es ist denn auch nicht zu verkennen, daß der erwähnte allgemeine Satz einer großen Anzahl von polizeigesetzlichen Bestimmungen zu Grunde liegt. Allein solche Bestimmungen, welche auf den gegenwärtigen Fall anwendbar wären, bestehen eben nicht; insbesondere bezieht sich der vom Kläger in der Berufungsinstanz angeführte Art. 18 der Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 auf Abhilfe gegen die Gefährlichkeit „des baulichen Zustands eines Bauwesens", was hier nicht zutrifft, während die Vorschrift in § 367 Nr. 12 des St.G.B.'s, wie auch aus ihrem sonstigen Inhalt deutlich hervorgeht, das Publikum gegen die Gefahr des Abstürzens über Abhänge schützen will und insoweit die Verwahrung von Abhängen (z. B. durch Schranken) anordnet. Wenn man aber auch jenen allgemeinen Satz nicht bloß als das den betr. polizeilichen Bestimmungen zu

1) Vgl. z. B. Entsch. des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 7 S. 351, Bd. 8 S. 330, Bd. 10 S. 180, Bd. 12 S. 310, Bd. 13 S. 320, Bd. 18 S. 414, Bd. 30 S. 424.

2) Entsch. des Reichsger. Bd. 37 S. 334, 335.

Grunde liegende und für deren Auslegung und Anwendung verwertbare Prinzip, sondern geradezu als eine Norm des geltenden Rechts ansehen wollte, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß eine solche allgemeine ungeschriebene Norm jedenfalls durch die Vorschriften der bestehenden Reichs- und Landesgesetzgebung ihre Umgrenzung erfährt, und daß eben für den gegenwärtigen Fall, in welchem es sich in Wirklichkeit — mindestens zunächst — nicht um eine Kollision zwischen dem Grundstückseigentümer und öffentlichen Interessen, sondern um einen Streit zwischen Grundstücksnachbarn handelt, die umfassenden, die einzelnen Befugnisse des Eigentümers, namentlich im Verhältnis zum Nachbarn betreffenden Bestimmungen des B.G.B. § 904 ff. und der hiezu ergangenen württ. Gesetze, insbesondere des Ausf.ges. Art. 217 ff., eingreifen, worin speziell das Maß der Verpflichtung des Grundstückseigentümers zu Veränderungen seines Grundstücks bezw. Gestattung der Vornahme von solchen behufs Abwendung von Gefahren für die Nachbarn durch eine Reihe von Vorschriften (z. B. §§ 904, 906, 907. 908, Ausf.Ges. Art. 219, 226) so genau festgesetzt wird, daß sicher für eine Anwendung des mehrerwähnten allgemeinen Grundsatzes kein Raum bleibt[1]). Hiebei kann dahingestellt bleiben, ob etwa mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs auf der unterhalb der Absturzstelle vorüberführenden Staatsstraße Bekl. zur Anwendung von Schutzmaßregeln verbunden war und ist; denn es handelt sich eben hier nur um das Verhältnis zwischen dem Bekl. und dem Kl. als dem bezüglich des Hauses Erbbauberechtigten (vgl. übrigens das auf die Rechtsbeschwerde des Bekl. gegen die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 26. Oktober 1901, betr. die Verpflichtung zur Herstellung von Schutzvorrichtungen gegen Felsabsturz, ergangene Urteil des K. Verwaltungsgerichtshofs vom 29. Januar 1902 [2]), in welchem auch unter jenem Gesichtspunkt die Verpflichtung

1) Vgl. auch Motive z. I. Entw. eines B.G.B.'s (zu § 735 B.G.B. = § 836) Bd. 2 S. 815, 816.

2) Jahrb. Bd. 14 S. 114 ff.

des Bekl. verneint wird). — Demzufolge fragt sich weiter, ob nicht Bekl. nach den einschlägigen Vorschriften des Nachbarrechts, welche gemäß § 1017 Abs. 1 B.G.B. (vgl. mit E.G. Art. 184) auch für das Verhältnis des Bekl. als Eigentümers des Schloßbergs und des Kl.'s als Erbbauberechtigten auf dem dem Bekl. gehörigen Grundstück anzuwenden sind, verpflichtet war, Schutzvorkehrungen gegen Felsabstürze zu treffen.

Daß die Bestimmung im B.G.B. § 906 (Immissionen) auf den vorliegenden Fall nicht zutrifft, bedarf kaum näherer Darlegung — handelt es sich ja doch dort um Zuführung sog. „Imponderabilien" und muß letztere überdies die Folge einer menschlichen Tätigkeit auf dem betreffenden Grundstück sein, wovon hier bei dem auf Naturvorgänge zurückzuführenden Sturz eines Felsens selbstverständlich keine Rede sein kann.

Unstreitig ist vor langer Zeit (nach der Behauptung des Bekl. schon im Jahr 1543 zu Zwecken des Schloßbaus) von einem Besitzvorgänger des Bekl. an der dem klägerischen Haus zugekehrten Seite des Bergs eine Kiesgrube angelegt worden, und es kann nach den Gutachten der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen darüber kein Zweifel obwalten, daß die seinerzeitige Anlegung und Ausbeutung dieser Kiesgrube, welche jedoch nach der Annahme des Sachverständigen R. seit etwa 100 Jahren, nach derjenigen des Sachverständigen M. mindestens seit ein paar Jahrzehnten verlassen ist, insofern zu dem in der Nacht vom 13. auf 14. Februar 1900 erfolgten Felssturz mitgewirkt hat, als zufolge des Zustands, in welchem sich der „angeschnittene" Berg nach dem Verlassen der Grube befand, in Verbindung mit den Witterungseinflüssen und der Lagerung von rollendem Kies zwischen den Nagelfluhfelsen ein Teil des Abhangs ins Rutschen kam, hiedurch eine Schutthalde sich bildete und die oben in der Steilwand befindlichen Felsen, darunter auch der in der fraglichen Nacht abgestürzte, allmälich bloßgelegt wurden. — Der Kläger sucht nun aus der Tatsache, daß die

seinerzeitige Anlegung und Ausbeutung der Kiesgrube den durch Felssturz Gefahr drohenden Zustand herbeigeführt habe, die Annahme herzuleiten, es sei Bekl. zur Anwendung entsprechender Schutzmaßregeln verbunden gewesen. Wenn er hiebei zur Entstehung einer solchen Verpflichtung des Bekl. schon den Umstand allein, daß Besitzvorgänger desselben die Kiesgrube angelegt und ausgebeutet haben, für ausreichend erachtet, so hat der Unterrichter dies mit Recht zurückgewiesen; denn es kommt — ganz abgesehen von der Frage, ob Bekl. ohne Weiteres die Tätigkeit seiner Besitzvorgänger wie eine eigene zu vertreten hätte — in Betracht, daß nach neuem wie nach altem Recht der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren kann und daß daher, wie anzunehmen, die Besitzvorgänger des Bekl. durch die Anlegung und Ausbeutung der Kiesgrube lediglich von einer ihnen zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht haben. Demzufolge müßten weitere Umstände vorliegen, um die Annahme der klägerischerseits behaupteten Verpflichtung des Bekl. zu rechtfertigen. — Während das römische Recht wegen eines durch fehlerhafte Beschaffenheit eines Grundstücks (vitium aedium, loci, operis) — nicht durch die natürliche Beschaffenheit — drohenden Schadens in der Regel dem Bedrohten gegen den Grundstückseigentümer nur eine Forderung auf ein Schadensersatzversprechen (cautio damni infecti) und bloß im Fall der vorgängigen Erlangung eines solchen bei wirklichem Eintritt eines Schadens einen Ersatzanspruch gewährte, kann nach dem B.G.B. § 907 der Eigentümer eines Grundstücks schon von vornherein verlangen, daß auf dem Nachbargrundstück nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benützung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zu Folge hat; es ist also derjenige, der eine solche Anlage auf seinem Grundstück hat, verpflichtet, diese Anlagen zu beseitigen bezw. Maßnahmen zu treffen, welche die eben erwähnte Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks ausschließen. Eine

Kiesgrube gehört nun allerdings zweifellos zu den Anlagen im Sinn des § 907, auch ist natürlich der Umstand allein, daß eine Anlage seit langer Zeit nicht mehr in Benützung sich befindet, nicht geeignet, Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung zu rechtfertigen; insbesondere kommt dem „Halten" einer Anlage keine andere Bedeutung zu, als eben die des tatsächlichen Bestehenlassens einer solchen. Allein trotzdem hat der Unterrichter mit Recht das Zutreffen des § 907 verneint. Denn wie die Beweisaufnahme in erster Instanz, namentlich der gerichtliche Augenschein und die Vernehmung der Sachverständigen, mit Sicherheit ergeben hat, hat die Kiesgrube seit langer Zeit, mindestens seit vielen Jahrzehnten, zu bestehen aufgehört, und es ist an deren Stelle durch die Einwirkung von Naturkräften eine Schutthalde getreten. Zwar hat nach der Auffassung der Sachverständigen die seinerzeitige Anlegung und die allmähliche Ausbeutung der Kiesgrube den Anstoß zu der Bildung der Schutthalde und damit zugleich zur Bloßlegung der im oberen Teil der Wand befindlichen Nagelfluhfelsen gegeben, und selbstverständlich ist die Tatsache allein, daß auf die — und zwar gerade die Nachbargrundstücke beeinträchtigende — Gestaltung einer Anlage Naturvorgänge eingewirkt haben, noch nicht geeignet, dem betr. Grundstücksteil den Charakter einer Anlage zu nehmen. Allein im vorliegenden Fall ist eben die früher vorhandene Anlage der Kiesgrube durch das sich auf eine lange Reihe von Jahren erstreckende Zusammenwirken von verschiedenen, wenn auch teilweise eben durch die Errichtung jener Anlage ausgelösten, Naturkräften geradezu beseitigt, verschüttet worden, und es hat so das bezügliche Stück der Erdoberfläche auf natürlichem Wege die jetzige Umwandlung in eine gegen den Fuß des Abhangs sich hinziehende, schon mit wildwachsenden Blumen und Gesträuchen bedeckte Schutt- und Geröllhalde erfahren. Unter diesen Umständen kann bei der jetzigen, bereits mindestens seit vielen Jahrzehnten bestehenden Gestaltung des Abhangs von einer Anlage im Sinne des § 907 keine Rede sein.

Aus dem eben Ausgeführten ergibt sich zugleich auch die Unanwendbarkeit des § 908 B.G.B. Denn selbst wenn man eine Kiesgrube als ein mit dem betr. Grundstück verbundenes „Werk" ansehen und demzufolge den Besitzer der Grube, falls etwa einem Nachbargrundstück durch Einsturz eines Teils (z. B. einer Wand) dieser Grube die Gefahr einer Beschädigung drohen würde, die Verpflichtung auferlegen wollte, die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung zu treffen[1]), so ist eben, wie dargelegt, schon seit vielen Jahren die früher am Schloßberg vorhandene Kiesgrube eingegangen und an deren Stelle zufolge Umbildung durch die Naturkräfte eine Schutt- und Geröllhalde getreten, welcher die Eigenschaft eines „Werks" überall nicht zukommt.

Im Uebrigen finden sich nirgends nachbarrechtliche oder sonstige Bestimmungen, aus welchen die Annahme einer Verpflichtung des Beklagten zur Anwendung von Schutzmaßregeln gegen den Felssturz hergeleitet werde könnte; insbesondere sind solche Vorschriften auch nicht im Württ. Ausführ.Ges. zum B.G.B. enthalten.

Hienach kann dem Bekl. in Ermanglung des Bestehens einer Verpflichtung zur Herstellung von Schutzvorrichtungen gegen den Felssturz deren Unterlassung nicht zugerechnet werden. — Zugleich ergibt sich aus den Bisherigen, daß dem Bekl. auch nicht ein Verstoß gegen ein den Schutz Anderer bezweckendes Gesetz zur Last zu legen ist. (§ 823 Abs. 2.)

Urteil des II. Civilsenats vom 24. April 1902 i. S. Kolasch gegen König-Warthausen.

26.

Inwiefern kann eine Widerspruchsklage aus § 771 C.P.O. auf den Besitz an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung gestützt werden?

Die Beklagte hat auf Grund eines vollstreckbaren Urteils gegen J. R. in Sch., das den R. zur Bezahlung von 351 M.

1) Vgl. hiezu Planck B.G.B. Bem. 2a zu § 836.

33 Pfg. nebst Zinsen an Beklagte für schuldig erklärte, am 18. März 1901 einen Beschluß des Amtsgerichts L. erwirkt, der die Zwangsversteigerung der im Grundbuch von Sch. auf R. als Eigentümer eingetragenen Grundstücke anordnete. Kläger hat gemäß § 771 C.P.O. im Weg der Klage Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erhoben auf Grund folgenden Sachverhalts: die fraglichen Grundstücke waren im Eigentum des Klägers, bis dieser sie am 1. Dezember 1900 an R. verkaufte und aufließ, worauf R. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist. Nachdem Kläger gegen R. Klage auf Bezahlung des Angelds von 9000 M. erhoben hatte, schlossen Kläger und R. am 25. Januar 1901 einen gerichtlichen Vergleich, wonach der Kauf vom 1. Dezember 1900 rückgängig gemacht wurde und das Eigentum an den in Rede stehenden Grundstücken auf den Kläger zurückübertragen werden sollte. Am 25. oder 26. Januar 1901 entfernte sich R. von Sch. und ist seither mit unbekanntem Aufenthalt abwesend; eine Auflassung der Grundstücke an den Kläger konnte daher zunächst nicht stattfinden. Seit 26. Januar 1901 ist Kläger wieder im Besitz der Grundstücke und betreibt wieder das zuvor von R. in dem erkauften Haus betriebene kaufmännische Geschäft; nach der Zeugenaussage des Schultheißen von Sch. hat ihm Kläger erzählt, er habe — nachdem er mit R. einen Vergleich geschlossen — die Schlüssel des Hauses beim Gerichtsvollzieher geholt; diesem habe nach dessen Erzählung R. anläßlich einer am 25. Januar 1901 bei ihm vorgenommenen Pfändung erklärt: er wolle von der Geschichte nichts mehr; darauf habe R. das Anwesen verlassen und der Gerichtsvollzieher den Hausschlüssel an sich genommen.

In seinem Besitz der Grundstücke und dem Anspruch gegen R. auf Rückübertragung des Eigentums sieht Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht an den Grundstücken i. S. des § 771 C.P.O.

Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Der Klaganspruch ist begründet, wenn der Besitz des Klägers sich als „ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung" darstellt, d. h. als ein Recht „das geeignet ist, eine Veräußerung des Gegenstands durch den Schuldner und zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger auszuschließen, so daß der Gegenstand vermöge dieses Rechts aus dem freien, der Verfügung des Schuldners und dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegenden Vermögen des Schuldners ausscheidet" [1]). Der § 771 C.P.O. entspricht für die Zwangsvollstreckung der in § 43 K.O. — betreffs der „Aussonderung" — für das Konkursverfahren gegebenen Bestimmung, die Widerspruchsklage des § 771 ist unter denselben Voraussetzungen begründet, wie ein Aussonderungsanspruch i. S. des § 43 K.O.; ein die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung liegt vor, wenn der Widerspruchskläger im Fall des Konkurses des Schuldners auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands als eines nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen hätte [2]).

II. Ob der Besitz ein Recht ist, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls gewährt er — unter gewissen Voraussetzungen — ein Recht auf Innehabung der betreffenden Sache (vgl. §§ 858 ff., 986 B.G.B.) und läßt sich insofern als Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder als (dingliches) Recht im Sinne des § 43 K.O. bezeichnen. Kläger erlangte ohne Frage durch den Vergleich vom 25. Januar 1901 gegen R. einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe und Rückübertragung der Grundstücke. Wenn R. am Tag des Abschlusses dieses (von ihm selbst unterzeichneten) Vergleichs das Anwesen in Sch. unter Zurücklassung des Hausschlüssels verließ, so darf unbedenklich angenommen werden,

1) Gaupp-Stein, Anm. II, 1 Abs. 2 zu § 771 C.P.O.

2) Vgl. hiezu Dernburg, d. bürg. Recht. Bd. 1 § 172 bei u. in Note 14.

er habe dies im Bewußtsein davon getan, daß Kläger sich alsbald in den Besitz des Anwesens setzen werde, und er sei mit dieser Besitzergreifung des Klägers einverstanden gewesen, die ja der getroffenen Vereinbarung durchaus entsprach. Die Sachlage ist daher keine andere, als wenn R. dem Kläger die Grundstücke auf Grund der getroffenen Vereinbarung förmlich übergeben hätte.

III. Kläger hätte sonach dem R. gegenüber die Herausgabe der Grundstücke gemäß § 986 B.G.B. verweigern können, auch ehe das Vers.Urt. vom 13. November 1901 rechtskräftig war[1]), weil dem R. gegenüber — trotzdem diesem noch (Buch-)Eigentum an den Grundstücken zustand — Kl. zum Besitz berechtigt war. (Auch der Konkursmasse R. gegenüber hätte Kläger richtiger Ansicht nach das gleiche Recht) [2]).

IV. Allerdings hätte R. zur Zeit der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens als Buch-Eigentümer die mit seinem Willen im Besitz des Klägers befindlichen Grundstücke mittels Auflassung und Ueberschreibung im Grundbuch übereignen und der gutgläubige Erwerber hätte sie dann vom Kläger herausverlangen können. Allein R. hätte hiedurch nicht etwa von einem ihm zustehenden Recht einen ihm gestatteten Gebrauch gemacht, sondern er hätte unter Mißbrauch seines formalen (Buch-) Eigentums von der tatsächlichen Möglichkeit, über die Grundstücke rechtswirksam zu verfügen, einen widerrechtlichen Gebrauch gemacht, die Berechtigung des gutgläubigen Erwerbers, die ihm in solcher Weise von R. zum Eigentum übertragenen Grundstücke vom Kläger herauszuverlangen, würde sich nicht auf ein entsprechendes Recht R.s stützen (dem ja — wie bemerkt — der § 986 B.G.B. entgegenstünde), sondern erst in der Person des Erwerbers — kraft gesetzlicher

---

1) Nach diesem Urteil ist R. schuldig, eine Erklärung dahin abzugeben, daß er mit Uebertragung des Eigentums der fragl. Grundstücke an den Kl. und entsprechender Aenderung des Grundbuchs einverstanden sei.

2) Vgl. Dernburg, d. bürg. R. Bd. 3 (1. Aufl.) § 91 Ziff. 3 bei Note 2.

Bestimmung — entstehen; der Erwerber eines Grundstücks erlangt in einem solchen Fall mehr Recht als der Veräußerer besessen hat; er kann volles, unanfechtbares Eigentum an Grundstücken erlangen, bezüglich deren dem Veräußerer ein nur formales Buch-Eigentum zustand.

V. R. hatte nach dem Ausgeführten zwar die Möglichkeit, über die in Rede stehenden Grundstücke rechtswirksam (zur Zeit der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens) zu verfügen, aber er hatte weder die Befugnis zu solchen rechtlichen Verfügungen, noch andererseits die Möglichkeit, tatsächlich mit den Grundstücken nach Belieben zu verfahren d. h. sie nach Belieben zu benützen und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903 B.G.B.), weil Kläger die Grundstücke ihm gegenüber auf Grund des den R. zu deren Rückübertragung verpflichtenden Vergleichs berechtigter Weise besaß. Das Eigentum des R. war somit ein lediglich formales (Buch-) Eigentum. Eine derart in nur formalem Eigentum einer Person stehende Sache kann aber nicht mehr als zu deren Vermögen gehörig angesehen werden. Vielmehr muß, wenn ein Gemeinschuldner ein ihm gehöriges Grundstück verkauft und übergeben hat, eine entsprechende Eintragung im Grundbuch aber (und die Auflassung) noch nicht erfolgt ist, dem Erwerber und Besitzer ein Aussonderungsrecht bezüglich dieses Grundstücks im Konkurs zugestanden werden, weil das dem Gemeinschuldner verbliebene Buch-Eigentum ein lediglich formales ist und demgemäß der Konkursverwalter in gleicher Weise wie der Gemeinschuldner selbst rechtswidrig handeln würde, wenn er das Grundstück einem Dritten auflieẞe [1]). In gleicher Weise muß aber auch nach dem unter Ziff. I. Gesagten dem Erwerber, der gegenüber dem Buch-Eigentümer zum Besitz berechtigt ist, weil er das Grundstück mit dessen Willen (zufolge Uebergabe) im Besitz hat, die Widerspruchsklage gegen einen Gläubiger des Veräußerers gegeben werden, der das Grundstück im Zwangsweg versteigern lassen will. Denn dieser Gläubiger kann

1) Vgl. Dernburg a. a. O. Ziff. 4.

bezüglich des Grundstücks keine weitergehenden Befugnisse haben als der Veräußerer. Das betreffende Grundstück ist wegen des daran bestehenden Rechts des Erwerbers und Besitzers nicht mehr als zum Vermögen des Schuldners und Veräußerers gehörig zu betrachten und jenes Recht des Besitzers ist demgemäß ein die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung.

Daß für die Frage, ob jemandem ein Aussonderungsrecht (und dementsprechend: ob ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771 C.P.O.) betreffs eines Grundstücks zusteht, nicht unbedingt der Umstand entscheidet, daß einer andern Person das formale (Buch-) Eigentum an dem Grundstück zusteht, hat das Reichsgericht [1]) in Uebereinstimmung mit hervorragenden Rechtslehrern angenommen [2]).

Daß aus dem Gesetz über die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897 sich nichts für oder gegen die im Vorstehenden dargelegte Rechtsauffassung ergibt, hat die Civilkammer zutreffend ausgeführt, Bekl. hat auch keine Bestimmung dieses Gesetzes als zu ihren Gunsten sprechend angeführt. Ob auch unter andern Verhältnissen als den im gegenwärtigen Rechtsstreit vorliegenden der Besitz eines Widerspruchklägers als ein die Veräußerung hinderndes Recht zu gelten hat, kann dahingestellt bleiben. Daß — wie Beklagter ausführt — nach dem System des B.G.B. für den Besitz „die Möglichkeit der Eintragung im Grundbuch" nicht besteht, steht der Anerkennung eines auf Besitzüberlassung seitens des Eigentümers sich stützenden Rechts von der Art des dem Kläger zustehenden als eines die Veräußerung hindernden Rechts nicht im Weg, weil eben nach dem Ausgeführten der Inhalt des Grundbuchs nicht unbedingt für die Frage maßgebend ist, ob einem Widerspruchskläger ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

Urteil des I. Civilsenats vom 21. März 1902 i. S. Büchsenstein g. Hochdörfer.

1) S. R.G. 45 Nr. 18 = Seuffert 55 Nr. 191.

2) Vgl. auch Jäger, Kom. z. K.O. Anm. 25 zu § 43.

B. in Strafsachen.

7.

Das Strafantragsrecht des Vaters als gesetzlichen Vertreters seines minderjährigen Sohnes.

Der Privatkläger hat wegen einer seinem minderjährigen, 15 Jahre alten Hanssohn J. B. durch den Angeklagten zugefügten Körperverletzung Privatklage erhoben und der Angeklagte ist in beiden Vorinstanzen hiewegen zu 25 M. Geldstrafe verurteilt worden. In dem durch die Revision des Angeklagten angefochtenen Berufungsurteil ist festgestellt, daß der Privatkläger den Strafantrag gestellt und in eigenem Namen die Privatklage erhoben hat, seine Befugnis hiezu ist auf die Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Verletzten gestützt. Dem gegenüber bestreitet die allgemein auf Verletzung des materiellen Rechts gestützte Revision diese Aktivlegitimation des Privatklägers und rügt die Verletzung der Bestimmungen über das Antragsrecht, in deren Resultat zugleich die Bestimmungen über die Erhebung der Privatklage, insbesondere die §§ 65, 195 des St.G.B. und Art. 34 Ziff. III. des Einführungsgesetzes zum B.G.B. falsch angewandt seien, insofern der Strafantrag und die Privatklage von dem Vater nicht als Vertreter des Sohnes sondern kraft eigenen Rechts erhoben sei, ein solches eigenes Recht aber nur dem Ehemann einer beleidigten Ehefrau, nicht dem gesetzlichen Vertreter zustehe und aus dem ungiltigen Strafantrag zugleich die Unzulässigkeit der Privatklage sich ergebe.

Die formelle Zulässigkeit dieses Revisionsangriffs steht

außer Zweifel soweit derselbe gegen die angenommene Berechtigung des Privatklägers zur Stellung des Strafantrags gerichtet ist. Nach der vom Oberlandesgericht gegenüber anderer Meinung in seiner Rechtsprechung stets festgehaltenen Auffassung bildet das Vorliegen eines rechtsgiltigen Strafantrags sowie die Berechtigung zu seiner Stellung nicht nur eine prozessuale Voraussetzung der Strafverfolgung der sog. Antragsdelikte, sondern zugleich eine dem materiellen Recht angehörige Frage, welche durch § 380 der St.P.O. der Prüfung des Revisionsgerichts nicht entzogen ist, vgl. auch Olshausen § 61 Nr. 1, Löwe B. II Abschn. I Nr. 7 a, § 380 Nr. 26. — Dieser Revisionsangriff geht jedoch fehl.

Allerdings ist der Revision darin beizupflichten, daß durch den zit. Art. 34 des Einf.Ges. z. B.G.B. eine Aenderung des bestehenden Strafrechts eingetreten ist und zwar insoweit als dem Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt n e b e n seinem nach Maßgabe des § 65 St.G.B. bestehen gebliebenen Recht als gesetzlicher Vertreter eines verletzten Minderjährigen den Strafantrag zu stellen, nicht auch noch ein von dieser Vertretungsmacht unabhängiges, vollständig losgelöstes Antragsrecht zukommt. Letzteres war früher auf Grund des nunmehr abgeänderten § 195 St.G.B., auf welchen für die Fälle der Körperverletzung der § 232 Abs. 2 Bezug nimmt, der Fall gewesen und ist wegen der veränderten Gestaltung der elterlichen Gewalt im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu dem ausgesprochenen Zweck, um die Vorschriften des St.G.B. in diesem Teil mit dem ersteren in Einklang zu bringen und mit dieser Beschränkung beseitigt worden, vgl. Motive zu Art. 16, jetzt 34 Einf.G., bei Mugdan Bd. I S. 6, Protok. der II. Kommission hiezu Nr. 444 S. 9137—9140 (Bd. VI S. 573, 575). Denn jenes Recht stand in den Fällen der §§ 195, 232 St.G.B. dem Hausvater als ein eigenes, mit der väterlichen Gewalt verbundenes Recht auch in den Fällen zu, wenn er im übrigen nicht der gesetzliche Vertreter des Kindes war, also auch wenn das Hauskind volljährig war; nun kann dieser Fall nach dem

B.G.B. nicht mehr vorkommen, da nach § 1626 die Hauskindschaft und elterliche Gewalt mit der Volljährigkeit endigt und die letztere nicht mehr, wie früher nach gemeinem Recht, überdauern kann. Hiemit war die Streichung jenes weiteren selbständigen Antragsrechts des Hausvaters gegeben und es war überdies entbehrlich geworden, weil im § 65 St.G.B. auch nach der neuen Fassung dem Vater als gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Sohnes ein selbständiges und von der Befugnis des durch ihn Vertretenen unabhängiges Antragsrecht ausdrücklich eingeräumt ist. Dieses Recht ist nach wie vor ein eigenes, von dem etwaigen gegenteiligen Willen des Minderjährigen nicht abhängiges und neben der eigenen Befugnis des letzteren, falls dieser 18 Jahre alt ist, völlig selbständig nebenherlaufendes; nur ist dasselbe einzig in der Eigenschaft des Vaters als gesetzlichen Vertreters begründet und kann von dieser rechtlichen Stellung als Vertreter nicht losgelöst werden, so daß es im Unterschied von früher erlischt, wenn dem Vater die gesetzliche Vertretung nicht zukommt. Insolange aber diese besteht, ist die Antragsberechtigung aus § 65 eine selbständige, wie sie auch früher neben der über die Minderjährigkeitsdauer hinausgreifenden des § 195 unabhängig nebenherlief. Diese Auffassung findet ihre Anerkennung und Begründung in den vorerwähnten Gesetzesmaterialien wie in den Kommentaren von Planck z. B.G.B. VI. Bd. S. 105—107 Anm. 3a—c, 6; ferner von Olshausen 6. Auflage 1901 zum St.G.B. § 65 Nr. 4, 15, § 195 Nr. 1 a, b, Oppenhoff zu § 65 Nr. 18, Franck 2. Aufl. zu § 65 Nr. I 3, § 195 Nr. I, vgl. ebenso Entsch. R.G. in Straff. Bd. 1 S. 291, Bd. 4 S. 145 Bd. 12, S. 415, Bd. 13 S. 115; Bd. 22 S. 256, Juristische Wochenschrift 1902 S. 537, d. Juristenzeitung 1902 S. 364.

Hienach ist die Annahme der Revision, daß das eigene selbständige Strafantragsrecht des Vaters überhaupt nicht mehr besteht, eine nicht zutreffende und das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum dem Vater des 15jährigen Verletzten

die Befugnis zugesprochen, selbständig von sich aus den Strafantrag wegen Körperverletzung des Sohnes zu stellen. Diese Befugnis besteht vorliegend auf Grund der §§ 65 und 232 des St.G.B. Hiemit ist der zweite, gegen die Befugnis zur selbständigen Erhebung der Privatklage gerichtete Angriff von selbst erledigt, nachdem die für ihn aufgestellte Grundlage, nämlich die Ungiltigkeit des vom Vater selbständig gestellten Strafantrags sich als unhaltbar ergeben hat. Nach § 414 Abs. 2 St.P.O. steht die Befugnis zur Erhebung der Privatklage wegen nur auf Antrag verfolgbarer Beleidigungen und Körperverletzungen demjenigen zu, welchem im Strafgesetz das Recht beigelegt ist, selbständig auf Bestrafung anzutragen. Ueberdies bezieht sich dieser Angriff soweit er über die oben erörterte materiell rechtliche und nach dem Strafgesetz zu entscheidende Frage der selbständigen Antragsberechtigung hinausgeht, auf eine Rechtsnorm über das Verfahren und kann deshalb insoweit gegenüber einem landgerichtlichen Berufungsurteil schon nach § 380 der St.P.O. eine Beachtung nicht finden. Dasselbe trifft für die aufgeworfene Frgge der Zulässigkeit einer Widerklage zu, welche übrigens nicht erhoben wurde.

Nach dem Ausgeführten war, da auch die sonstige allseitige Prüfung einen materiellen Rechtsverstoß nicht ergab, das eingelegte Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen.

Urteil des Strafsenats vom 30. März 1903 in der Privatklagsache Bachmann gegen Rau wegen Körperververletzung.

8.

Der Begriff „Handlung" im Sinne des § 61 Str.G.B. Ueber das Verhältnis von Strafantrag und Privatklage.

Aus den

Gründen:

Vom Berufungsgericht wurde in der festgestellten gesamten Aeußerung des Angeklagten, deren einzelne Teile in zwei

verschiedenen Privatklagen verfolgt wurden, ein untrennbares einheitliches Ganze — Eine Handlung erblickt und hieraus zutreffend gefolgert, daß mit der ersten, den Strafantrag mitenthaltenden und wegen des Ausdrucks „Lugenbentel" erhobenen Privatklage die ganze, durch die Aeußerung gegenüber der Frau T. mit Beziehung auf den Privatkläger verübte Tat nach allen ihren tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten strafrechtlich verfolgt und bezüglich dieser Tat durch Zurücknahme der ersten Privatklage die Strafverfolgung wieder aufgegeben wurde, sowie daß die Erhebung der zweiten Privatklage einen Teil der nämlichen Tat betreffe und hiemit die zurückgenommene Privatklage entgegen der Vorschrift des § 432 St.P.O. von neuem erhoben worden sei. Insoweit die Revision in diesen Ausführungen einen Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 432, 431 St.P.O. findet, kann ihre Rüge im Hinblick auf § 380 St.P.O. in dieser Instanz eine Beachtung nicht finden, da hienach die Verletzung prozessualer Vorschriften abgesehen von einer hier nicht in Frage kommenden Ausnahme gegenüber einem in der Berufungsinstanz ergangenen landgerichtlichen Urteil nicht geltend gemacht werden kann. Indessen ergibt die weitere Begründung dieser Revisionsrüge, daß zugleich eine Verkennung des Begriffs Handlung im Sinn des § 61 St. G. B. sowie eine irrtümliche Auffassung über die Bedeutung und Tragweite des mit einer Privatklage gestellten Strafantrags behauptet wird. Hiemit ist aber die Verletzung einer materiellen Rechtsnorm gerügt und in diesem Punkt die Revision zulässig.

Die Entscheidung dieser Revisionsbeschwerde hängt davon ab, ob die zum Gegenstand der ersten Privatklage gemachte Handlung identisch ist mit derjenigen, wegen welcher die zweite Privatklage erhoben wurde. Diese Frage ist vom Berufungsgericht ohne ersichtlichen Rechtsirrtum bejaht worden. Denn der Begriff der Handlung, welcher der die Antragsberechtigung regelnden Vorschrift des § 61 St.G.B. zu Grunde liegt, umfaßt, soweit es sich wie vorliegend um wört-

liche Beleidigungen handelt, nicht sowohl die einzelne nach einem bestimmten Wortlaut mitgeteilte Aeußerung, sondern die gesamte bei einem konkreten, nach Ort, Zeit und Umständen näher geschilderten Vorkommnis erfolgte beleidigende Kundgebung nach ihrem objektiven und subjektiven Inhalt. Auch bezweckt der mittels Privatklage gestellte Strafantrag des Beleidigten die strafrechtliche Verfolgung der angezeigten Handlung nach Maßgabe der bestehenden Prozeßgesetze und nach diesen hat das Gericht die Verpflichtung, die zum Gegestand der Klage gemachte Handluug nach ihrem äußeren geschichtlichen Vorgang sowie nach ihrer wahren Beschaffenheit und Vollständigkeit zu ermitteln und hernach abzuurteilen. Hiemit ist von selbst gegeben, wie auch in Wissenschaft und Rechtsprechung übereinstimmend anerkannt ist, daß dem Begriff der Handlung in § 61 dieselbe Bedeutung und derselbe Umfang beigelegt werden muß, wie dieselben nach den Prozeßgesetzen der zum Gegenstand der Untersuchung und des Urteils gemachten Tat beiwohnen, vgl. Olshausen zu § 61 Nr. 40, Stenglein a. a. O. Note 23, Rechtsspr. R.G. Bd. 9 S. 430, Entsch. R.G. Bd. 3 S. 386, Bd. 5 S. 98 und 271, Bd. 6 S. 306, Bd. 17 S. 227. Hieraus folgt, daß der Begriff Handlung nicht auf die in der Strafklage von dem Antragsteller angeführten einzelnen Worte und Satzwendungen bezw. Tatsachen beschränkt werden darf, sondern daß er die im Strafantrag bezeichnete Tat in allen ihren Einzelheiten und in ihrer Gesamtheit umfaßt, wie sich dieselbe nach dem Inbegriff der im Verfahren ermittelten Umstände aus dem Ergebnis derselben gestaltet und daß eine Aenderung in einzelnen tatsächlichen Momenten, sei es eine Erweiterung oder Kürzung oder sachliche Abweichung gegenüber der ursprünglichen Beschuldigung nicht entscheidend wirkt, soweit nur die Identität der bezeichneten Handlung von solchen Abweichungen nicht berührt wird. Hiebei macht es keinen Unterschied, ob solche Abweichungen und Aenderungen des angezeigten Sachverhalts dem Strafkläger bekannt waren oder nicht, ob also ihre Nichtaufnahme in die Strafklage auf

einer Unkenntnis seitens des Antragstellers beruhte oder nicht; maßgebend bleibt vielmehr, daß es sich um dasselbe geschichtliche Vorkommnis, um denselben tatsächlichen Vorgang handelt, dessen strafrechtliche Verfolgung mit der Klage erstrebt wird. Vorliegend bezog sich der mit der ersten Privatklage gestellte Strafantrag nach der Feststellung des Vorrichters auf die bei dem näher erwähnten Anlaß erfolgte Aeußerung des Angeklagten gegenüber der Frau T., womit der Angeklagte seinem Unmut über die Belastungszeugen G. (den Privatkläger) und S. in dem vorausgegangenen Beleidigungsprozeß in der Art Ausdruck gegeben hat, daß er im Zusammenhang sowie in unmittelbarer Aufeinanderfolge der Sätze diese Zeugen als Lugenbeutel bezeichnete und außerdem über G. beifügte, diesem sei nichts zu lüderlich. Zutreffend hat hierin das Berufungsgericht eine Handlung im Sinne des § 61 St.G.B. erblickt und dem Umstand keine Bedeutung beigemessen, daß Privatkläger von dem zweiten, ihn allein berührenden Teil der Aeußerung des Angeklagten erst später und zwar nach Zurücknahme der auf Grund des ersten Teils derselben erhobenen Privatklage Kenntnis erhielt. Die entgegenstehenden Ausführungen des Revisionsklägers stehen teils im Widerspruch mit der oben begründeten Auslegung des Rechtsbegriffs der Handlung, wegen welcher mit der ersten Privatklage Antrag auf Strafverfolgung gestellt wurde, teils bewegen sie sich auf prozessualem Gebiet, welches gemäß § 380 St.P.O. dem Revisionsangriff entzogen ist, sie würden überdies zu der vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossenen Folgerung führen, daß in Beziehung auf denselben tatsächlichen Vorgang, welcher in der ersten Privatklage und in dem auf sie ergangenen Eröffnungsbeschluß des Amtsgerichts zum Gegenstand der Anklage wegen Beleidigung im Sinn des § 185 St.G.B. gemacht war, nach Zurücknahme dieser Privatklage eine neue, die gleiche Tat behandelnde Klage zulässig wäre, obgleich zwischen dieser letzteren und dem Inhalt der früheren Privatklage die Unterstellung real konkurrierender Beleidigungsvergehen ausgeschlossen bliebe.

Dieser Revisionsangriff geht somit fehl und worin die weiter behauptete Verletzung des § 64 St. G. B. liegen soll, ist nicht ersichtlich, vom Revisionskläger auch nicht näher angegeben. Das Berufungsgericht hat aus der Zurücknahme der ersten Privatklage nur die durch die Vorschrift des § 432 St.P.O. gegebene Folgerung gezogen und nicht etwa ausgesprochen, daß mit der Zurücknahme einer Privatklage der darin enthaltene Antrag auf Strafverfolgung von selbst und ohne weiteres in seiner Wirksamkeit hinwegfalle. Ein solcher Ausspruch würde allerdings eine Verkennung der in der rechtlichen Bedeutung des Strafantrags und der Privatklageerhebung beruhenden Verschiedenheit und der hiedurch begründeten Selbständigkeit beider Akte nahelegen, welche letztere im Fall der Zurücknahme der erhobenen Privatklage in der Fortdauer des selbständigen Klagerechts eines anderen zu demselben Strafantrag Berechtigten sowie darin hervortritt, daß überall wo der Strafantrag nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zurückgenommen werden kann, die durch seine Stellung der Staatsanwaltschaft gewährte Befugnis zur Erhebung der öffentlichen Klage bestehen bleibt. Vorliegend handelt es sich aber für die Revision nur um das Privatklagrecht desselben Privatklägers, welches in Beziehung auf dieselbe, mittels einer Privatklage verfolgte Handlung durch deren Zurücknahme verbraucht wird.

Urteil des Strafsenats vom 12. Jan. 1903 in der Privatklagsache Gaiser gegen Schumacher.

9.

Zum Begriff des An sich bringens, zum Pfandnehmens und Verheimlichens im Sinne des § 259 St.G.B.

Aus den

Gründen:

Die gegen das freisprechende Urteil der Berufungsgerichts eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung von Normen des Strafrechts, speziell des § 259 St.G.B.

Nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hat der Angeklagte etwa 20 tannene Stangen, welche der inzwischen rechtskräftig zu Strafe verurteilte Korbmacher J. K. R. von M., damals beim Angeklagten wohnhaft, im S.er Gemeindewald unberechtigt gehauen hatte, in Verwahrung genommen und hiebei gewußt oder wenigstens den Umständen nach annehmen müssen, daß die Stangen mittels einer strafbaren Handlung, nämlich mittels Diebstahls erlangt waren. Bei einer Ende Mai 1902 im Hause des Angeklagten vorgenommenen Durchsuchung wurden die Stangen im Schopf in einer Art Kellerhals versteckt vorgefunden; zuvor hatte der Angeklagte dem Landjäger auf Vorhalt erklärt, er habe keine Stangen, man könne sein Anwesen durchsuchen und als sie dann im Versteck vorgefunden waren, erwiderte er: R. habe sie ohne sein Wissen geholt, er behalte sie für den Hauszins, welchen R. ihm schulde, da er erfahren habe, daß dieser die Stangen verkaufen wolle. In welcher Weise der Angeklagte sich in den Besitz der Stangen gesetzt hat, ob dies eigenmächtig und gegen den Willen des R. geschehen ist, stellt das Berufungsgericht nicht ausdrücklich fest, sondern spricht sich bei der Begründung der Freisprechung aus § 259 St.G.B. kurz dahin aus:

> es sei nicht festzustellen gewesen, daß der Angeklagte die Stangen verheimlicht, zum Pfand genommen oder sonst an sich gebracht habe ..... ein Erwerb der Stangen durch den Angeklagten auf derivativem Weg sei nicht erweislich, auch sei ihm nicht zu widerlegen, daß er sie nur vorübergehend in Verwahrung nehmen wollte.

Insoweit die Revision eine mangelhafte tatsächliche Begründung der hier getroffenen Feststellung, zumal in der Richtung rügt, daß weder der Ort, an welchem die Stangen unmittelbar nach dem Hereinschaffen vom Wald im Gehöft des Angeklagten verwahrt wurden, noch die Zeitdauer und die näheren Umstände der Verwahrung durch letzteren überhaupt untersucht und festgestellt worden seien, liegt eine in dieser Instanz gemäß § 380 St.P.O. nicht beachtliche Rüge

der Verletzung prozessualer Vorschriften, näherhin des § 266 St.P.O. vor. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, ob die Feststellungen des Berufungsgerichts die Nichtanwendung der die Sachhehlerei betreffenden Strafvorschrift des § 259 St.G.B. zureichend rechtfertigen und ob sie nicht eine rechtsirrtümliche Auffassung der letzteren erkennen lassen.

Eine solche sieht die Revision zunächst darin, daß das Berufungsgericht trotz der Feststellung, der Angeklagte habe die Stangen in Verwahrung genommen und einstweilen behalten, nicht zu der Annahme des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals des Ansichbringens gelangt sei. Dieser Angriff geht fehl. Denn der Begriff des Ansichbringens setzt nach der übereinstimmenden Auffassung in der Wissenschaft und Rechtsprechung eine Uebertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt auf Grund einer Willenseinigung zwischen Geber und Nehmer dahin voraus, daß der letztere befugt sein soll, die aus dem Gewahrsam des ersteren überkommene Sache wie eine eigene zu besitzen oder doch für seine Zwecke über sie zu verfügen. Vorliegend hat das Berufungsgericht einen Erwerb der Stangen durch den Angeklagten auf derivativem Weg nicht als erwiesen angenommen und hiemit verständlich zum Ausdruck gebracht, daß ein Besitzübertragungsakt der bezeichneten Art zwischen R. und dem Angeklagten nicht festzustellen sei. Diese für das Revisionsgericht bindende Beweisannahme ist rechtlich einwandfrei, insbesondere kann der Ausdruck „Erwerb auf derivativem Weg" nach der gegebenen Sachlage nicht anders als gleich Erwerb durch Besitzübertragung in beidseitigem Einverständnis ausgelegt werden; diese Beweisannahme aber genügt, um das Tatbestandsmerkmal des Ansichbringens als ausgeschlossen anzusehen und die erfolgte Freisprechung insoweit zu begründen. Wenn die Revision sich darauf beruft, daß dem vom Berufungsgericht angenommenen Behalten der Stangen seitens des Angeklagten notwendig ein Besitzerwerb vorausgegangen sein mußte, so übersieht sie, daß nicht die bloße Tatsache des Erwerbs von Besitz oder Gewahrsam,

sondern die Art dieses Erwerbs als eines abgeleiteten (derivativen) hier entscheidend ist und daß diese Besitzableitung ihren Grund in der Willensübereinstimmung beider Teile haben muß, wogegen eine eigenmächtige, etwa heimliche oder sonst gegen den erkennbaren Willen des Vorbesitzers erfolgte Besitzerlangung den Tatbestand einer Hehlerei im Sinn des § 259 St.G.B. nicht erfüllt. Eine solche Besitzergreifung kann vielmehr nur als eigenes selbständiges Delikt — je nach der besonderen Gestaltung des Falles als Diebstahl, Unterschlagung, Raub u. s. w. in Frage kommen. Die Feststellung des Berufungsgerichts läßt nun die Möglichkeit offen, daß der Angeklagte die Stangen ohne Wissen und Willen des ꝛc. R. für sich in Verwahrung genommen und behalten hat, sie schließt damit den Rechtsbegriff des Ansichbringens aus und die Nichtannahme eines Vergehens des Diebstahls oder der Unterschlagung wird ohne rechtliches Bedenken damit begründet, daß der Nachweis der Zueignungsabsicht fehle, insofern dem Angeklagten nicht zu widerlegen sei, daß er die Stangen nur vorübergehend in Verwahrung habe nehmen wollen.

Der mangelnde Nachweis eines derivativen Erwerbs seitens des Angeklagten begründet an sich weiterhin den Ausschluß des Tatbestandsmerkmals des zum Pfand nehmens im Sinn des § 259. Denn dieses, wie auch das Ankaufen, sind nur als einzelne Arten und Beispiele des allgemeinen Begriffs An sich bringen in der zitierten Strafvorschrift angeführt, wie schon aus den beigefügten Worten „oder sonst an sich bringt" unzweifelhaft hervorgeht. Es muß deshalb bei diesen Unterarten das gleiche Erfordernis der Besitzerlangung durch beiderseitige Willensübereinstimmung des Gebers und Nehmers wie bei dem allgemeineren Begriff zutreffen und der hier festgestellte Mangel dieses Erfordernisses vermag somit auch nach dieser Seite die Nichtanwendung des § 259 zu rechtfertigen. Dagegen gibt allerdings die bereits angeführte Begründung im Berufungsurteil, es sei dem Angeklagten nicht zu widerlegen, daß er die

Stangen nur vorübergehend in Verwahrung nehmen wollte, dem Verdacht einer rechtsirrigen Auslegung des Begriffs „zum Pfand nehmen" nach anderer Richtung Raum. Denn diese Begründung läßt entnehmen, daß nach Ansicht des Berufungsgerichts ein kurzzeitiges, nur vorübergehendes zum Pfand nehmen den Tatbestand der Sachhehlerei zu erfüllen nicht geeignet sei. Diese Ansicht wird von der Revision mit Recht als irrig bezeichnet. Denn nicht darauf kommt es an, auf wie lange Zeitdauer eine Sache zum Pfand genommen wird, dies kann vielmehr unbeschadet des Begriffs auf eine bestimmte Frist oder unter einer Bedingung geschehen, ja es ist bestimmungsgemäß an sich jede Verpfändung in dem Sinn eine befristete und vorübergehende, daß sie mit dem Eintritt der Tilgung der Schuld, für deren Sicherstellung sie geschah, ihr Ende erreicht. Dementsprechend ist auch die Feststellung im angefochtenen Urteil, der Angeklagte habe die Stangen einstweilen für den von ꝛc. R. ihm geschuldeten Hauszins behalten, dahin zu verstehen, daß er sie zur Sicherheit für seine Mietzinsforderung insolange als Pfand in Verwahrung genommen habe bis diese Forderung durch Zahlung oder unter Umständen auch durch Annahme der Stangen an Zahlungsstatt getilgt worden wäre. Es kann somit diese Feststellung auch nicht zur Begründung des Ausschlusses des Tatbestandsmerkmals des zum Pfandnehmens wie geschehen verwertet werden; der hiebei unterlaufene Rechtsirrtum führt aber trotzdem nicht zur Aufhebung des Urteils, da das für jenes Tatbestandsmerkmal wesentliche Erfordernis einer einverständlichen Besitzübertragung nach der anderweiten Feststellung ermangelt.

Dagegen ist dem weiteren Angriff der Revision, welcher sich gegen die Nichtannahme des Begriffs eines Verheimlichens richtet, ein Erfolg nicht zu versagen. Nach den Urteilsgründen erfordert das Verheimlichen eine Tätigkeit, welche darauf abzielt, dem Eigentümer die Auffindung der Sache zu erschweren oder unmöglich zu machen und eben hiefür ist in dem Verbergen der Stangen im Kellerhals ein zu-

reichender Beweisgrund nicht erblickt worden. Nun kann aber ein Verheimlichen auch in einer anderen Veranstaltung oder Tätigkeit gefunden werden, welche geeignet ist und bezweckt, der nachforschenden Behörde gegenüber die Auffindung oder Beschlagnahme der Sache zu vereiteln oder zu erschweren, es braucht die Verheimlichung überhaupt nicht im Einverständnis mit dem Dieb (oder dessen Mittelsmann) zu geschehen, wie dies beim Ansichbringen und zum Pfandnehmen allerdings erforderlich ist. Ob die Prüfung und Entscheidung des Berufungsgerichts auch nach dieser letzteren Richtung erfolgt ist, läßt das Urteil nicht erkennen, und doch war, um dem Verdacht einer rechtsirrigen Auffassung keinen Raum zu lassen, ein Ausspruch hierüber umsomehr geboten, als an anderer Stelle der mangelnde Nachweis eines einverständlichen Handelns als Grund der Nichtanwendung des § 259 St.G.B. angeführt wurde. Jener Verdacht erscheint hienach begründet, und daß eine solche irrige Auffassung die vorerwähnte, in dieser Instanz nicht anfechtbare Feststellung beeinflußt haben kann, liegt ohne weiteres nahe. Aber auch der weitere für die Nichtannahme eines Verheimlichens angeführte Grund gibt zum gleichen Bedenken Anlaß, ob nicht eine Verkennung dieses Tatbestandsmerkmals vorliegt. Das Verheimlichen wird nämlich vom Berufungsgericht trotz der dem Landjäger gegenüber vor der Haussuchung erfolgten Ableugnung des Besitzes der im Kellerhals versteckten, also nicht etwa offensichtlich daliegenden Stangen deshalb verneint, weil der Angeklagte seiner Erklärung, er habe keine Stangen, beigefügt habe, man könne sein Anwesen durchsuchen. Hiezu ist aber eine Feststellung oder auch nur Andeutung darüber unterblieben, in welcher Absicht dieses Anbieten der Durchsuchung erfolgt ist, nämlich ob im Ernste oder vielmehr zu dem Zweck, durch den damit erweckten Anschein der Redlichkeit und des guten Gewissens den Landjäger von der Durchsuchung abzuhalten. In letzterem Fall wäre, wie die Revision zutreffend annimmt, eine Unterstützung und dreiste Bekräftigung der bereits wider besseres Wissen geschehenen Ableugnung des

Besitzes der Stangen durch den Angeklagten gegenüber der berechtigten Anfrage der Behörde erfolgt und hiemit eine Tätigkeit gegeben, welche das Gesetz mit dem Begriff Verheimlichen im Sinn des § 259 St.G.B. unter Strafe gestellt hat. Die getroffene Feststellung erscheint deshalb nicht genügend, um die Annahme auszuschließen, der Angekl. habe die Stangen verheimlicht, von welchen er wußte, daß sie gestohlen waren, und um demgemäß die Freisprechung aus § 259 St.G.B. zu rechtfertigen.

Urteil des Strafsenats vom 15. Dezember 1902 in der Strafsache gegen David Böhm.

10.

Der Begriff des „Ueberlassens an andere" im Sinn des § 367 Z. 3 St.G.B. betr. den Arzneimittelverkehr[1]).

Aus den Gründen:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts besteht in D. ein homöopathischer Verein, welcher nicht in das Vereinsregister eingetragen ist, und u. a. bezweckt, jedes Mitglied in die Lage zu versetzen, sich und den Seinigen im Erkrankungsfall auf rasche, sichere und fast kostenlose Weise selbst zu helfen; dieser Zweck soll erreicht werden durch Vermittlung des Bezugs homöopathischer Mittel für die Mitglieder von einer homöopathischen Zentralapotheke; das Eintrittsgeld beträgt 1 Mk., der monatliche Beitrag 15 Pfg., wofür den Mitgliedern die unentgeltliche Benützung der Vereinsapotheke gewährt wird. Diese letztere befindet sich in Verwahrung und Verwaltung des Angeklagten und dieser hat am 2. März 1903 an die Tochter eines Vereinsmitglieds aus der Vereinsapotheke Akonit als Heilmittel abgegeben und zwar ohne polizeiliche Erlaubnis. Nach dem Gutachten des Sachverständigen gehört dieses Mittel zu den im Verzeichnis A der Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 aufgeführten Zubereitungen, deren Handel nicht freigegeben ist und das Berufungsgericht hat hienach den An-

1) Vergl. Bd. 6 S. 364 ff.

geklagten wegen Uebertretung gegen § 367 Ziff. 3 St.G.B. zur Geldstrafe von 5 Mk. verurteilt, da er ohne polizeiliche Erlaubnis Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, an andere überlassen habe.

Die hiegegen eingelegte Revision des Angeklagten rügt Verletzung von Normen des materiellen Rechts, ohne indes eine bestimmte einzelne Rechtsverletzung in dem angefochtenen Urteil zu bezeichnen. Die gebotene allseitige Nachprüfung läßt einen solchen Verstoß auch nicht erkennen.

Nach § 367 Ziff. 3 St.G.B. wird bestraft, wer ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzneien soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an andere überläßt. Was unter Arzneien zu verstehen und wie weit der Handel mit ihnen beschränkt sein soll, ist im Strafgesetz nicht ausgesprochen, wohl aber in der auf Grund des § 6 Abs. 2 der R.Gew.O. erlassenen, derzeit in Geltung stehenden Kaiserl. Verordnung vom 22. Oktober 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln. Diese gestattet in §§ 1, 2 das Feilhalten und den Verkauf der in den beigegebenen Verzeichnissen A und B aufgeführten Zubereitungen und Stoffe nur in Apotheken und zwar bezüglich der in A erwähnten Zubereitnngen mit dem Beisatz, daß es keinen Unterschied mache, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, sofern sie nur als Heilmittel verabreicht werden. Hieraus folgt, daß beim Zutreffen der letzteren Voraussetzung die im Verzeichnis A genannten Zubereitungen solche Arzneien bilden, deren Handel im Sinn des § 367 Ziff. 3 St.G.B. nicht freigegeben ist. Nach der ohne ersichtlichen Rechtsirrtum getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts fällt das hier in Frage stehende Akonit unter die in Nr. 3 des Verzeichnisses A genannten „Auszüge in fester oder flüssiger Form" und treffen die daselbst zugelassenen Ausnahmen, auch die in Abs. 2 und 3 des § 1 erwähnten Einschränkungen auf Akonit nicht zu. Hienach sind vorliegend die zur Anwendung der Strafvorschrift erforderlichen Tatbestandsmerkmale gegeben, sofern mit dem Berufungsgericht und ent-

gegen dem Schutzvorbringen des Angeklagten auch das Merkmal des „Ueberlassens an andere" als vorliegend zu erachten ist.

Eine Begriffsbestimmung dieses Tatbestandsmerkmals enthält das Strafgesetz nicht; nach dem gemeinen Sprachgebrauch versteht man darunter das Aufgeben des Gewahrsams einer Sache zu Gunsten eines anderen, welcher das Eigentum an der Sache erwerben oder sonst dieselbe an sich bringen will. Es wird sonach vorausgesetzt, daß der Ueberlassende ein Verfügungsrecht oder eine tatsächliche Verfügungsmacht über den betreffenden Gegenstand hat, sei es, daß dieser in seinem Eigentum steht, oder er namens des bezw. der Eigentümer über denselben zu disponieren befugt ist, oder daß er nur tatsächlich — ohne Verfügungsrecht — in der Lage ist, über denselben zu verfügen; ferner wird vorausgesetzt, daß mindestens die faktische Verfügungsgewalt und der Gewahrsam auf den anderen übertragen wird, der eine also die Verfügungsmacht über die Sache aufgibt und dieselbe gleichzeitig dem andern überläßt, dieser sie also zuvor noch nicht besessen hat. Daß diese Auslegung auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ergibt die ganze Fassung der in Frage stehenden Strafvorschrift, welche mit den Worten „oder sonst an andere überläßt" so umfassend und allgemein wie möglich lautet und indem diese Worte den vorausgegangenen „wer ... zubereitet, feilhält, verkauft" ergänzend gegenübergestellt werden, deutlich erkennen läßt, daß schon jede Uebertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt, wie immer sie gestaltet sein mag, darunter fällt und überhaupt alle Fälle eines Ueberlassens damit gemeint sind. Hiemit stimmen die Kommentatoren überein, welche den Ausdruck „an andere überlassen" in der Hauptsache als gleichbedeutend mit „Inverkehrbringen" im Sinn des § 324 St.G.B. und des § 12 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 erachten, vgl. Olshausen zu § 367 Z. 3 Note 3 f β, Liszt. S. 505, Hälschner II S. 662, Oppenhoff Nr. 23 b; ebenso die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach welcher der Ausdruck in

§ 367 Z. 3 eine anscheinend noch umfassendere Form zum Ausdruck bringt, als die sonst gleichbedeutende Fassung „in Verkehr bringen", vgl. Entsch. III S. 122/123 und der im Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 §§ 8, 9 gleichlautende Ausdruck „oder sonst an andere überlassen" dahin ausgelegt wird, daß darunter das Einräumen einer tatsächlichen Verfügungsgewalt über die überlassene Sache zu verstehen sei, Entsch. XVII. S. 258. Deutsche Juristenzeit. 1900, S. 74.

In Fällen des Miteigentums mehrerer an derselben Sache kann nun allerdings von einem Ueberlassen an andere dann nicht wohl gesprochen werden, wenn und soweit der andere selbst kraft Eigentumsrechts über die betreffende Sache zu verfügen berechtigt ist und derjenige in dessen Gewahrsam die Sache sich befindet, nur Stellvertreter dessen ist, dem er dieselbe überläßt. Anders liegt aber der Fall schon, wenn mehrere Personen Miteigentümer an einer solchen Sache sind, ohne daß der einzelne über seinen Anteil zu verfügen berechtigt ist und ein Fall dieser Art ist hier gegeben. Der homöopathische Verein in D. ist wie aus den tatsächlichen Feststellungen des Vorrichters hervorgeht, keine juristische Person und nicht in das Vereinsregister eingetragen, also nicht rechtsfähig und es finden deshalb nach § 54 B.G.B. die Vorschriften über die Gesellschaft auf ihn Anwendung. Nach diesen — § 718 — ist die Vereinsapotheke d. h. die von der Zentralapotheke angeschafften Arzneien zum gemeinschaftlichen Vermögen der Vereinsmitglieder geworden, das einzelne Mitglied darf aber nach § 719 nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen und ebensowenig steht ihm das Recht zu, Teilung zu verlangen, es kann vielmehr hier nach dem Vereinsstatut nur in bestimmtem Fall die unentgeltliche Zuweisung einzelner Heilmittel beanspruchen, nämlich im Fall eigener Erkrankung oder bei Erkrankung eines Familiengliedes. Tritt dieser Fall nicht ein, so erhält das Vereinsmitglied insolange nichts von dem Gesellschaftsvermögen, auf der anderen Seite muß ein krankes Mitglied auch

das Vielfache der auf es nach Bruchteilen entfallenden Quote der vorhandenen Arzneimittel erhalten und es ist nicht ausgeschlossen, daß ein einziges Mitglied den ganzen Vorrat eines Heilmittels allein verbraucht. Trotzdem also rechtlich die einzelnen Vereinsmitglieder als Miteigentümer der Vereinsapotheke anzusehen sind, liegt doch nach § 719 B.G.B. und nach der besonderen, durch den Vereinszweck gegebenen Gestaltung, nicht ein Miteigentum im streng civilistischen Sinn und mit den gewöhnlichen Rechtsfolgen vor, dasselbe tritt vielmehr nur in der Form in die Erscheinung, daß der einzelne kraft seiner Mitgliedschaft Anspruch darauf hat, daß ihm im Bedarfsfall von den für den Verein angeschafften Heilmitteln das erforderliche Quantum verabfolgt werde, also in der Gestalt eines Forderungsrechts des einzelnen Mitglieds an das Gesellschaftsvermögen bezw. gegen die Gesamtheit der übrigen Vereinsmitglieder. Hiebei wird der Angeklagte als Verwahrer und Verwalter der Vereinsapotheke in Tätigkeit gesetzt, er hat kraft der ihm von der Gesamtheit der Vereinsmitglieder erteilten Vollmacht und Geschäftsführung das gewünschte Heilmittel zu verabfolgen, er gibt damit den Gewahrsam und die bis dahin ihm zustehende tatsächliche Verfügungsgewalt über dasselbe zu Gunsten des betreffenden Mitglieds auf und überträgt beides an letzteres. Hierin aber liegt ein Ueberlassen des Heilmittels an einen „andern", welcher erst hiedurch ausschließliches Eigentumsrecht an dem Mittel erwirbt und zuvor darüber von sich aus nicht verfügen konnte. Hienach rechtfertigt der festgestellte Sachverhalt die Anwendung der Strafvorschrift des § 367 Ziff. 3 und vermag sich das Revisionsgericht der gegenteiligen, vom preußischen Kammergericht (Goltd. Arch. Bd. 40 S. 352. Bd. 46 S. 356) und von den Oberlandesgerichten Frankfurt, Jena und Karlsruhe (Goltd. Arch. Bd. 48 S. 146 und in Beiakten lieg. Urteilsabschrift) sowie von Olshausen Komm. § 367 Z. 3 Note 3 f β vertretenen Auffassung nicht anzuschließen. Hievon abgesehen ist überhaupt der Begriff des Ueberlassens an andere im Sinn dieses § nicht nach streng civilrechtlichen Normen zu

bestimmen und wesentlich als tatsächlicher Begriff aufzufassen.

Diese Auslegung der fraglichen Strafvorschrift findet weiterhin eine wesentliche Unterstützung und Begründung in dem gesetzgeberischen Sinn und Zweck derselben. Dieser geht dahin, wie die Materialien zu § 6 Abs. 2 d. R.G.O. in Verbindung mit § 367 St.G.B. ergeben, eine obrigkeitliche Kontrolle des Arzneimittelverkehrs zu sichern und das Publikum tunlichst gegen die Gefahren zu schützen, welche durch medizinische Mittel für Leben und Gesundheit der Menschen, speziell durch unbeaufsichtigte Verabreichung von Arzneimitteln seitens nichtsachverständiger Personen herbeigeführt werden können. Solche Gefahren entstehen für das Publikum nicht allein aus der Zubereitung von Stoffen für Heilzwecke durch Unkundige, sondern in gleichem Maß durch Verabfolgung der von sachverständiger Seite gefertigten Arzneimittel durch Unberechtigte, welche in Verkennung der Wirkung von Heilmitteln durch im einzelnen Fall unzutreffende Verwendung oder Bestimmung der Mengen, Arten, auch durch Abgabe solcher in nicht mehr unverdorbenem Zustand u. s. w. die menschliche Gesundheit schwer gefährden und schädigen können. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber die Verabreichung der nach Form oder Inhalt sich als Heilmittel darstellenden, in der zitierten Kaiserl. Verordnung speziell aufgeführten Zubereitungen und Stoffe lediglich den staatlich beaufsichtigten Apotheken vorbehalten und außerdem die Ausfolge dieser Heilmittel nur auf Grund polizeilicher Erlaubnis zugelassen, um auf diese Weise durch die Auswahl der geeigneten Personen, durch Kontrolle der Beschaffenheit ihrer Vorräte und ihrer Tätigkeit jenen Gefahren für die öffentliche Gesundheitspflege vorzubeugen. Der hier vom Gesetzgeber im öffentlichen Interesse verfolgte und durch die Strafvorschrift des § 367 Z. 3 geschützte Zweck wird aber vereitelt, und diese Vorschrift verletzt, wenn ein Verein nach der Art des hier in Frage stehenden Vorräte einzelner dem Apothekenvertrieb ausschließlich vorbehaltener Stoffe und Zubereitungen anschafft, auf Lager hält und dann zum Gebrauch

in Krankheitsfällen der Mitglieder unter Umgehung der Apotheken im Einzelfall durch eine Person ohne ausreichend geprüfte Sachkenntnis den einzelnen ausfolgen läßt. Dies kommt, wie der Vorrichter zutreffend sagt, auf eine organisierte Umgehung des Gesetzes hinaus, deren Bestrafung nach dem Ausgeführten sowohl durch den Wortlaut als durch den Sinn und Zweck der Vorschrift des § 367 Ziff. 3 St.G.B. begründet wird.

Diese Gesetzesauslegung führt endlich auch nicht zu den vom gegenteiligen Standpunkt aus befürchteten Konsequenzen, welche der Gesetzgeber zweifellos nicht beabsichtigt hat. Es wird hienach nicht, wie behauptet wurde, der Bedienstete oder Bote strafbar, welcher im Auftrag die Arznei in der Apotheke abholt und sie dem Auftraggeber, z. B. der Dienstherrschaft hernach übergibt; denn solchenfalls erwirbt der Bote oder Bediente unmittelbar für den Auftraggeber die Verfügungsgewalt und zwar im Moment, wo er die Arznei in der Apotheke ausgefolgt erhält, er überläßt sie also bei der Uebergabe an den Auftraggeber nicht an einen „andern". Auch in Fällen, in welchen ein Familienvater, Ehegatte u. s. w. derartige Heilmittel aus seiner sog. Hausapotheke einem Familienglied oder häuslichen Dienstboten verabreicht, dürfte die Anwendbarkeit der Strafvorschrift regelmäßig im Hinblick auf die bei der Anschaffung solcher Hausapothekenmittel bestehende Absicht und die Zugehörigkeit dieser Personen zu derselben häuslichen Gemeinschaft ausgeschloffen bleiben. Soweit dies nicht der Fall ist und diese Gesetzesauslegung unter Umständen zu nicht wünschenswerten Konsequenzen gelangen kann, liegt im Einzelfall wohl eine gewisse, aber vom Standpunkt des bestehenden Gesetzes nicht zu vermeidende Härte vor, welche bei Vorschriften von rein gesundheitspolizeilichem vorbeugendem Charakter wie der gegenwärtigen nichts Seltenes ist und aus höheren Gründen des öffentlichen Gemeinwohls sich unschwer rechtfertigen läßt.

Urteil des Ferienſenats vom 29. Juli 1903 in der Strafsache gegen Gottfried Schlotterbeck.

11.

Inwiefern kann die Nachbildung von Geldmünzen in Chokolademasse strafbar sein? Die Tatbestandsmerkmale des § 360 Ziff. 5 R.St.G.B. und die Zulässigkeit einer beschränkten Einziehung im Sinne des Abs. 2 dieses §.

Aus den

Gründen:

Der Angeklagte ist Leiter und Geschäftsführer der „Vereinigten Chokolade- und Bonbonfabriken E. O. Moser und C. und W. Roth jr." in St. und ist in beiden Vorinstanzen wegen Verfehlung gegen § 360 Ziff. 5 St.G.B. zur Geldstrafe von 20 M. auf Grund der Feststellung verurteilt worden, daß er fortgesetzt seit einer Reihe von Jahren und jedenfalls noch innerhalb der dem Strafbefehl vom 16. Juli 1902 vorangegangenen drei Monate bei Herstellung von Chokoladewaren verschiedene Reichsmetallmünzen, nämlich die Einmark-, Fünfmark- und Zwanzigmarkstücke nachbilden ließ und hiedurch den Abdruck von Stempeln, welche zur Anfertigung von Metallgeld dienen konnten, und zwar ohne den schriftlichen Auftrag einer Behörde unternahm. Nach dem vom Berufungsgericht als erwiesen angenommenen Sachverhalt geschah die Herstellung in der Art, daß Schokolademasse mit weißem oder gelbem Staniol umhüllt in einer Maschine mit zwei Stempeln gepreßt und zu kleinen Scheiben in Gestalt und Größe der genannten Reichsmünzen geformt wurde. Das Gepräge, welches sich bei diesem Verfahren von den Stempeln auf die beiden Seiten der gepreßten Stücke und zwar in erster Linie auf die Staniolumhüllung übertrug, war völlig übereinstimmend mit dem Gepräge der entsprechenden Metallmünzen, abgesehen von ganz geringfügigen Abweichungen, die Chokolademünzen waren etwas dicker und zugleich leichter als die Geldmünzen, auch fehlte die diesen eigentümliche Randschrift bezw. Randverzierung bei den Fabrikaten

des Angeklagten. Die Revision des Angeklagten rügt Verletzung der Strafvorschrift des § 360 Z. 5 St.G.B. durch irrtümliche Anwendung. Diese Rüge ist jedoch nicht begründet.

Nach § 360 Ziff. 4 St.G.B. wird bestraft, wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metallgeld u. s. w. dienen können, anfertigt oder an einen anderen als die Behörde verabfolgt; nach § 360 Ziff. 5 wird bestraft, wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde den Abdruck der in Ziffer 4 genannten Stempel, Siegel, Stiche u. s. w. unternimmt oder Abdrücke an einen anderen als die Behörde verabfolgt. Die hier gegebenen Strafvorschriften verfolgen, wie sich aus ihrem Wortlaut, aus der Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhang mit denjenigen über Münzverbrechen bezw. Münzvergehen im Sinn der §§ 146 ff. St.G.B. ergibt, den polizeilichen Gesichtspunkt der tunlichsten Verhütung von Münz- und Stempeldelikten und wollen weitergehend als § 151 nicht bloß die dort vorgesehenen Vorbereitungshandlungen zu einem Münzverbrechen sondern schon solche Veranstaltungen unter Strafe stellen, welche möglicherweise die Begehung eines Münzdelikts zur Folge haben sowie zu einer mißbräuchlichen Verwendung von Geldprägeformen des Reichs führen können. Diese Strafvorschriften bezwecken sonach in erster Linie den Schutz der staatlichen Münzhoheit gegen unbefugte Nachbildungen von Reichsmünzen in weiterem, durch den rein polizeilichen Charakter der Vorbeugung bedingten Umfang und erst in zweiter Linie den Schutz des Publikums gegen mehr oder minder schwer zu vermeidende Täuschungen im Geldverkehr, welcher erfahrungsgemäß häufig die nähere Prüfung des einzelnen Münzstücks ausschließt.

Die vorliegend zur Anwendung gebrachte Strafbestimmung der Ziffer 5 des § 360 erfordert einmal den Mangel eines schriftlichen behördlichen Auftrags, sodann die Verwendung von Stempeln, welche zur Anfertigung von Metall-

geld dienen können und endlich das Unternehmen des Abdrucks eines derartigen Stempels. Diese Tatbestandsmerkmale sind in dem angefochtenen Berufungsurteil tatsächlich ausreichend und rechtlich einwandfrei festgestellt. Der Angeklagte hat bei Herstellung der Staniolschokolademünzen ohne den schriftlichen Auftrag einer Behörde gehandelt. Die Entscheidung der Frage, ob die hiebei vom Angeklagten benützten Stempel zur Anfertigung von Metallgeld dienen können, bildet zunächst einen Gegenstand der tatsächlichen, in der Revisionsinstanz nicht angreifbaren Feststellung. Nun sind nach der auf das Gutachten eines Sachverständigen gestützten Beweisannahme des Berufungsgerichts die zur Anfertigung der Chokolademünzen verwendeten Stempel so beschaffen, daß sie zur Herstellung von Münzen nicht nur aus Blei und weichen Metallen, sondern auch aus harten Metallen, also von echten Geldmünzen, wenn auch solchenfalls nur für kurze Zeit, dienen können. Wenn hiebei dem Umstand, daß die erwähnte Fähigkeit der Stempel bei Verwendung von hartem Metall von nicht langer Dauer ist, für den Tatbestand der Strafvorschrift als nicht entscheidend erachtet und eine Einschränkung der letzteren auf nicht abnützbare oder soweit dies technisch möglich zur dauernden Herstellung von Metallgeld dienliche Stempel als dem Wortlaut wie dem Zweck der Gesetzesbestimmung zuwiderlaufend erklärt wurde, so ist dieser Auffassung beizutreten. Ebensowenig erfordert der Tatbestand der Ziff. 4 und folgerichtig auch der der Ziff. 5 des § 360, daß die angefertigten Stempel mit den zur Herstellung echten Metallgeldes bestimmten und amtlich gebrauchten Stempeln vollkommen und ohne jede kleine Abweichung übereinstimmen, vielmehr vermögen nur bei besonderer Aufmerksamkeit wahrnehmbare und sonst leicht zu übersehende Abweichungen die Strafbarkeit hier umsoweniger auszuschließen, weil auch die Anwendung der §§ 146 ff. St.G.B. hievon unabhängig ist. Die vom Berufungsgericht in der Richtung getroffene Feststellung, daß die benützten Stempel die vom Gesetz geforderte Beschaffenheit der Dienlichkeit zur

Anfertigung von Metallgeld besitzen, läßt sonach einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Daß sodann die mit diesen Stempeln hergestellten Fabrikate, näherhin Abdrücke in staniolumhüllter Chokolademasse als Abdrücke der in Ziff. 5 des § 360 bezeichneten Art objektiv sich darstellen, ist vom Berufungsgericht einwandfrei festgestellt. Unter „Abdruck", welches Wort zugleich das Abgedruckte in sich schließt, wird hier das aus der Benützung der in Ziff. 4 genannten Stempel hervorgegangene Fabrikat verstanden, und nicht etwa bloß die Wiedergabe des Stempels. Das Gesetz spricht nun kurzweg von einem Unternehmen des Abdrucks der in Ziff. 4 genannten Stempel ohne ein weiteres Erfordernis in Absicht auf die Beschaffenheit der Abdrücke oder in der Richtung aufzustellen, auf welche Masse oder in welchem Stoff diese Abdrücke erfolgen müssen, um unter die Strafdrohung zu fallen. Es liegt auch nahe, daß bei dem rein polizeilichen Charakter und Zweck der Strafvorschrift im Hinblick auf die Gefährlichkeit einer mißbräuchlichen Verwendung solcher Stempel schon der Besitz derselben, nachdem die Anfertigung oder Verabfolgung an Dritte nach Ablauf von drei Monaten nicht mehr gestraft werden kann, die Gefahr des Mißbrauchs aber fortbestehen bleibt, als bedenklich erachtet und deshalb schon jede das Unternehmen eines Abdrucks darstellende Betätigung mit einem derartigen Stempel unter Strafe gestellt werden wollte, selbst wenn diese in harmloser Weise geschah. Hiebei kann überdies darauf hingewiesen werden, daß auch für den Tatbestand des § 146 St.G.B. nur entscheidend ist, daß dem nachgemachten Geldstück ein Schein geltenden echten Metallgeldes innewohnt, während es nicht von Belang ist, durch welche Mittel dieser Schein hervorgerufen wird und für die Entscheidung der Frage über das Vorhandensein eines solchen Scheines weder auf das Gepräge noch auf den Stoff, aus welchem die falsche Münze besteht, ein maßgebendes Gewicht gelegt werden muß, Entsch. R.G. in Straff. Bd. 6 S. 142.

Nun geht die Revision davon aus, daß die Abdrücke jener Stempel nicht unterschiedslos und ohne weiteres durch die Bestimmung der Ziff. 5 des § 360 unter Strafe gestellt sind, daß vielmehr nur die Herstellung *metallgeldähnlicher* Abdrücke die Strafbarkeit im Sinn des Gesetzes begründe. Es bedarf jedoch vorliegend einer Entscheidung dieser Streitfrage seitens des Revisionsgerichts nicht, weil in dem angefochtenen Urteil die Staniolchokolademünzen des Angeklagten tatsächlich zu den metallgeldähnlichen Abdrücken gerechnet sind. Es ist dies damit begründet worden, daß die Staniolverkleidung auf der Chokoladeform in allen Teilen, insbesondere auf dem beiderseitigen Gepräge so eng und gleichmäßig aufgeprägt sei, daß sie dem oberflächlichen Beschauer das Ganze als ein einheitliches Gebilde erscheinen lasse und ihm die wahre Zusammensetzung verberge, sowie daß durch diese Staniolverkleidung, deren Glanz und Farbe denen des Silbers bezw. Goldes ähnlich sei, die Chokolademünzen einen nicht unerheblichen Grad von Aehnlichkeit mit echten Silber- bezw. Goldmünzen bekommen, was gerade bezweckt und wodurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei, daß unter Umständen, welche sich unschwer vorstellen lassen, Unvorsichtige oder Unerfahrene getäuscht werden, wenn diese Täuschung vielleicht auch nur im Vorzeigen, nicht im Hingeben geschehe.

Diese Ausführungen, auf welchen die tatrichterliche Annahme der äußeren Geldähnlichkeit der mit jenen unter Ziff. 4 des § 360 fallenden Stempeln hergestellten Fabrikate oder Abdrücke beruht, lassen eine ihnen etwa zu Grunde liegende rechtsirrige Auffassung nicht erkennen. Mit Unrecht bemängelt die Revision, daß diese Annahme der Geldähnlichkeit nicht auf das Aussehen und die sonstigen Eigenschaften der Chokolademünzen selbst gestützt, vielmehr nur daraus gefolgert werde, daß besondere Veranstaltungen und Vorspiegelungen beim Vorzeigen der Münzen vorausgesetzt werden. Denn die angeführte Begründung folgert die Eigenschaft der Geldähnlichkeit gerade aus der Form, dem aufgepreßten Ge-

präge der Fabrikate sowie aus Farbe und Glanz der die Chokolademasse umgebenden und mit dieser als ein einheitliches Gebilde erscheinenden Staniolverkleidung, also aus dem Aussehen und der äußeren täuschenden Beschaffenheit der Staniolchokolademünzen, nicht aber — wie die Revision unterstellt — aus anderweiten außerhalb der Fabrikate selbst liegenden und von diesen unterscheidbaren Erscheinungen und Veranstaltungen. Hiemit erledigt sich von selbst der auf der Grundlage dieser Unterstellung dem Berufungsrichter gemachte Vorwurf eines Widerspruchs mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 6 S. 142). Die Revision verwechselt hier offensichtlich die auf die Beschaffenheit der Fabrikate gestützte Annahme der Geldähnlichkeit mit dem Geeignetsein von Münznachbildungen zur Täuschung Argloser im gewöhnlichen Verkehr, welches ein Tatbestandsmerkmal der Münzverbrechen im Sinn der §§ 146 ff. St.G.B. bildet. Uebrigens genügt auch bei letzteren, wenn die als möglich angenommene Täuschung Unerfahrener vielleicht nicht im Hingeben sondern nur im Vorzeigen der Münzen geschieht, Entsch. R.G. Bd. 14 S. 161, Rechtsp. 8 S. 400. Dem Ausgeführten gegenüber kann auch der Einwand, daß hiemit eine blühende Industrie lahmgelegt werde, die Anwendung des bestehenden Gesetzes nicht behindern, und dieser Einwand ist umsoweniger stichhaltig, als die Industrie auf der schon nach Ziff. 4 des § 360 verbotenen Stempelanfertigung beruht und jede weitere Neuanfertigung eines solchen Stempels eine neue Strafverfolgung nach sich ziehen könnte. Ebensowenig kann mit der Revision eine Art inneren Widerspruchs zwischen der Feststellung der Geldähnlichkeit und der Ausführung im Berufungsurteil gesehen werden, wonach eine Behörde möglicherweise aus Anlaß einer Schulfeierlichkeit solche Chokolademünzen anfertigen lassen könnte. Denn auch in einem solchen, übrigens kaum denkbaren Fall müßte jedenfalls ein die Strafbarkeit aus Ziff. 5 § 360 ausschließender *schriftlicher Auftrag* einer Behörde vorliegen und mit der Erteilung eines solchen werden regelmäßig von selbst die gegen

eine mißbräuchliche Verwendung dienlichen Vorsichtsmaßregeln getroffen werden. Eine aber trotz solcher Maßnahmen oder wegen Unterlassung derselben eintretende Gefährdung der Sicherheit des Geldverkehrs könnte selbstredend im Einzelfall die Strafbarkeit nicht für sich allein begründen. Der hier vorliegende Mangel eines solchen Auftrags wird auch nicht etwa durch die im Jahr 1898 bewilligte Eintragung dieser Chokoladefabrikate in die Gebrauchsmusterrolle ersetzt, da diese Eintragung nicht einen, Bestimmungen des Reichsstrafrechts zuwiderlaufenden Schutz zu gewähren vermag. Ein bezüglicher Irrtum des Angeklagten vermöchte als Irrtum über das Strafgesetz nicht vor Strafe zu schützen. Endlich ist auch eine vorsätzliche Verübung seitens des Angeklagten festgestellt worden. Dieser hat die vom Gesetz erforderte Eigenschaft der zur Anfertigung von Metallgeld dienlichen Stempel gekannt und mittels dieser bewußtermaßen die Chokolademünzen ohne behördlichen Auftrag herstellen lassen.

Der Revision ist der Erfolg auch insoweit zu versagen, als sie gegen die verfügte Einziehung der benützten Stempel gerichtet erscheint. Nach Abs. 2 § 360 St.G.B. ist dem Richter die Ermächtigung zu solcher Einziehung erteilt, von dieser haben die Vorinstanzen Gebrauch gemacht, jedoch nur in beschränktem Umfang, insofern nicht die vorhandenen Abdrücke sondern nur die zu deren Herstellung verwendeten Stempel der Einziehung unterworfen wurden. Die Einziehung der letzteren ist aber nicht nur im Fall der Ziff. 4 sondern auch in dem der Ziff. 5 des § 360 zulässig, in welchem sie die Mittel und Werkzeuge zur möglichen Deliktsbegehung bilden. Im übrigen handelt es sich hiebei um eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Entscheidung, deren Nachprüfung insoweit der Revision entzogen ist.

Urteil des Strafsenats vom 22. Dez. 1902 gegen G. K. Wagner in Stuttgart.

12.

Die Vermögensbeschädigung beim Betrugsvergehen in ihrem Verhältnis zu einem Garantieversprechen und zur Irrtumserregung.

Aus den

Gründen:

Die tatsächlichen Feststellungen enthalten sämtliche Tatbestandsmerkmale des dem Angeklagten zur Last gelegten Vergehens eines Betrugs nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite und die Angriffe der Revision scheitern an diesen Feststellungen des Urteils. Insbesondere kann dem Beschwerdeführer darin nicht beigepflichtet werden, daß das Berufungsgericht das Wesen eines Garantieversprechens als einer Zusicherung des Schadensersatzes für den Fall des Vorhandenseins von Mängeln verkannt habe, indem es aus demselben nur die angeblich darin enthaltene Behauptung der Fehlerlosigkeit herausschälte und diese für das irrtumerregende Handeln erklärte, während es den für die Willensentschließung maßgebenden, in der Haftung für den Minderwert infolge etwaiger Fehler liegenden rechtlichen Vorteil des Käufers nicht würdigte. Denn dieser Angriff beruht auf einer Verkennung der Urteilsgründe, in welchen der Zusicherung des Angeklagten, er sei für alle Fehler gut, eben nicht die Bedeutung eines bloßen Garantieversprechens für etwaige Mängel, sondern weiterhin auch diejenige der positiven Behauptung der Fehlerlosigkeit der Tiere beigelegt worden ist. Diese Auslegung der vom Angeklagten gebrauchten Worte fällt aber in das dem Vorrichter vorbehaltene Gebiet der Beweiswürdigung und tatsächlichen Feststellung, und er hat diese Auslegung für den vorliegenden Fall unter Anführung tatsächlicher Erwägungen und ohne ersichtlichen Rechtsirrtum getroffen. Ein solcher liegt auch nicht, wie die Revision behauptet, in der dahin lautenden Feststellung, daß der Angeklagte dem ꝛc. K.

die Versicherung der Fehlerlosigkeit der Tiere „geben wollte und dieser so entsprechend die Aeußerung auffassen mußte und aufgefaßt habe" und es wird mit Unrecht dem Urteil der Vorwurf gemacht, daß diese Feststellung irrtümlich nur die Absicht des Aeußernden, nicht aber den Inhalt der Aeußerung selbst ergreife. Im Gegenteil umfaßt die angegriffene Feststellung einmal den Wortlaut der Aeußerung und sodann den nach der konkreten Sachlage wohl zulässigen und vom Aeußernden damit verbundenen Sinn, endlich die vollständig übereinstimmende Auffassung des anderen Vertragsschließenden; hiemit ist aber die erforderliche volle Uebereinstimmung der Parteien bezüglich der getroffenen Vereinbarung nach deren Zweck und Inhalt konstatiert. Die vermißte Feststellung des Inhalts der maßgebenden Erklärung ist vorliegend in demjenigen enthalten, was nach der Feststellung im angefochtenen Urteil der Erklärende tatsächlich gewollt und in einer Weise zum Ausdruck gebracht hat, daß der andere Teil ihn richtig verstand und die dem wirklichen Willen entsprechende Willenserklärung nach den obwaltenden Umständen nicht anders auffassen konnte. Wo in solcher Weise sowohl die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung als die Verständlichkeit der letzteren und die Tatsache des richtig Verstandenseins nach der einen wie nach der andern Seite festgestellt ist, kann mit Grund von einer Lücke oder von einer Verwechslung zwischen Erklärungsabsicht und Erklärungsinhalt nicht gesprochen werden.

Die vom Angeklagten beim Vertragsabschluß abgegebene Erklärung enthält nun unzweifelhaft in dem vom Berufungsgericht festgestellten Sinn die verbindliche Zusage der Haftung für den Fall, daß sich an einem der verkauften Stiere Fehler zeigen. Wenn aber die Revision mit der in contractu liegenden Uebernahme dieser Haftung die Bereicherung des Angeklagten und die Vermögensbeschädigung des ꝛc. R. für ausgeschlossen erachtet, insofern jene Erklärung die Uebernahme der civilrechtlichen Pflicht zur Deckung des ganzen Vermögensschadens bedeute, so ist diese Schlußfolge-

rung vorliegend verfehlt. Denn die Urteilsgründe erklären als erwiesen, daß es dem Käufer K. gerade darum zu tun war, fehlerfreie Tiere zu erhalten und daß nur die Behauptung ihrer Fehlerlosigkeit, also das hierauf gerichtete dictum et promissum des Verkäufers, wie diesem bewußt, für ꝛc. K. bestimmend war, den Kaufvertrag abzuschließen, endlich daß K. durch diesen Vertragsabschluß eine Vermögensbeschädigung um ein Viertel bis Fünftel des gezahlten Kaufpreises erlitten habe, abgesehen von der weitergehenden Gefährdung seines Vermögens, welche aus seiner Haftpflicht für die durch den bösartigen Stier verursachten Beschädigungen sich ergebe. Wenn es nun auch dem K. gelingen sollte, seinen Schaden demnächst durch Inanspruchnahme des Angeklagten auf Grund des Garantieversprechens ersetzt zu erhalten, so hat er ihn gleichwohl im Moment der Vertragserfüllung erlitten und die vom Angeklagten gegebene Zusicherung eines erst zu realisierenden Ersatzanspruchs stellt, wie die tatsächliche Feststellung unzweifelhaft erkennen läßt, keinerlei vollen Gegenwert dar. Die Tatsache des in der oben erwähnten Richtung schon eingetretenen Schadens wird durch eine spätere Ausgleichung nicht beseitigt; aber nur die Frage über den Eintritt der Vermögensbeschädigung und nicht diejenige über deren Wiederaufhebung ist hier von Belang.

Weiterhin ist der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Vermögensbeschädigung und Irrtumserregung zureichend festgestellt. Die letztere ist nicht allein in dem bloßen Verschweigen des dem einen Stier anhaftenden, als wesentlich erkannten Mangels gesehen worden, sondern zugleich in dem mit diesem Schweigen in Verbindung gebrachten aktiven, auf Täuschung des Käufers berechneten Verhalten, wie es im Berufungsurteil näher geschildert ist und ferner in der festgestellten positiven Behauptung der Fehlerlosigkeit der Tiere, sonach in der Vorspiegelung einer falschen Tatsache. Wenn hiebei das Berufungsgericht außerdem von einer Rechtspflicht des Angeklagten zur Offenbarung des

verschwiegenen Mangels spricht, so kann dahingestellt bleiben, ob diese Annahme einwandfrei begründet ist, und welche Bedeutung ihr an sich zukäme, da das Tatbestandsmerkmal der Irrtumserregung auch ohne diese Annahme in einer dem Strafgesetz entsprechenden und tatsächlich genügenden Weise begründet wurde.

Urteil vom 22. Oktober 1902 gegen Simon Lemberger in Rexingen.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

4.

Streit mehrerer Werkbesitzer über die Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer. Benützung des Wasserwerks einer Sägmühle zum Mahlbetrieb.

Die Kläger sind die jetzt wieder verheiratete Witwe und die Kinder des Müllers Friedrich F. in Besigheim und als seine Erben Eigentümer der am rechten Ufer des öffentlichen Enzflusses in Besigheim gelegenen sog. oberen Enzmühle, einer Kundenmahlmühle. Diese Mühle hat laut Kaufbriefes vom 18. November 1524 der Erzherzog Ferdinand von Oesterreich, damals „Herzog zu Württemberg" um einen ewigen Zins von 35 Pfd. Heller „mit ihren Zugehörden, Rechten und Gerechtigkeiten, wie wir die bisher inne gehabt haben", an die Stadt Besigheim verkauft, und die Stadt hat sie am 11. Oktober 1773 „mit aller Zugehör und mit Gerechtigkeiten und Beschwerden", wie sie die Stadt bisher innegehabt, um 7750 fl. an einen Rechtsvorgänger der Kläger weiter veräußert. Um diese Zeit bestand neben der oberen Enzmühle eine Walk- und Schleifmühle, welche ein Rechtsvorgänger des Erblassers der Kläger im Jahr 1785 erkaufte. Das in dem Güterbuch unter dem Schild des Erblassers und auch in dem zur Eventualteilung gefertigten Inventar aufgeführte Wehr der oberen Enzmühle zieht sich von dieser Mühle quer über die Enz bis zur (neuen) staatlichen Floßgasse. Durch eine Insel von dieser Floßgasse getrennt liegt

auf dem linken Ufer der Enz die ehemalige (alte) Floßgasse, welche gegenwärtig einen Kanal bildet, an welchem sich dem Anwesen der Kläger gegenüber die Mühle des Beklagten befindet.

Diese Mühle wurde von der Zeit ihrer Errichtung an (1777) ausschließlich als Sägmühle und vom Jahr 1884 an auch als Oelmühle betrieben. Die rechtliche Grundlage für dieses Wasserwerk und des mit demselben verbundenen Wassernutzungsrechts bildet einmal die herzogliche Konzession vom 24. April 1676, welche dem Rotgerber Hans Jakob Fauth von Besigheim zur Errichtung einer Lohmühle erteilt worden ist. Diese Lohmühle wurde auf der Insel am Ende derselben errichtet und bezog ihr Wasser aus der Enz durch einen die Insel durchziehenden eigenen Kanal. Die Wasserverteilung zwischen ihr und der oberen Enzmühle beruht auf den „conditiones“ vom 7. August 1688, welche die Stadt Besigheim als damalige Eigentümerin der oberen Enzmühle dem Fauth auferlegt und bewilligt, und welche dieser freiwillig auf sich genommen hat. Sodann die herzogliche Konzession vom Jahr 1777, worin dem Zimmermann Leonhardt Michael Aichinger von Besigheim die Erlaubnis zur Errichtung einer Sägmühle nebst Oelschlag und Hanfreibe erteilt worden ist, in Verbindung mit der Konvention vom 17. Februar 1778 „zwischen der oberen Enzmühle und der neuen Sägmühle über die Verabfolgung des Wassers aus dem oberen Enzmühlwehr zur Sägmühle, Oelschlag und Hanfreibe auf Ein Rad“. Der Werkmeister Karl Fr. in Besigheim, aus dessen Gantmasse der Beklagte im Jahr 1871 dieses letztere Mühleanwesen nach den Verkaufsbedingungen so, wie die Kaufsobjekte seither besessen wurden, und ohne Garantie für Maß und etwaige Lasten, die darauf ruhen, im öffentlichen Aufstreich erkauft hat, besaß seinerzeit auch die Lohmühle. Er hat aber schon im Jahr 1858 mit Einwilligung sämtlicher Beteiligten, darunter des oberen Enzmüllers auf Grund der Genehmigungsurkunde vom 7. September 1858 die Wasser-

kraft der Lohmühle mit derjenigen seiner Sägmühle vereinigt, den zu letzterer gehörigen besonderen Kanal entsprechend vergrößert und mehr gegen das linksseitige Ufer verlegt, worauf der Kanal der Lohmühle ausgefüllt und diese selbst abgebrochen wurde. Als nun der Beklagte im Jahr 1898 die Sägmühle trotz des Widerspruchs der Kläger zum größeren Teil in eine Kundenmahlmühle umgewandelt hat, ohne hiebei eine Aenderung an der äußeren Anlage und den Gebäulichkeiten sowie des Wassertriebwerks und der Stauanlage vorzunehmen, so daß die K. Regierung für den Neckarkreis eine gewerbe- bezw. flußpolizeiliche Genehmigung nach Erlaß vom 10. Juni 1898 nicht für erforderlich erachtete, entstand Streit zwischen den Parteien, sofern die Kläger sich für berechtigt hielten, dem Beklagten diese Art der Benützung des ihm zugewiesenen Enzwassers zu untersagen. Der Streit wurde zunächst vor den Civilgerichten in 3 Instanzen verfolgt. Durch rechtskräftiges Urteil des K. Oberlandesgerichts vom 18. Januar 1900 wurde die von den Klägern erhobene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Nunmehr erhoben die Kläger Klage vor der K. Regierung des Neckarkreises als Verwaltungsgericht unter dem Hinweis auf die Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 des württ. Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900, welcher mit der am 27. Dezember 1900 erfolgten Verkündigung dieses Gesetzes in Kraft getreten ist (Art. 121 Abs. 1), und mit dem Antrag: „Es wird festgestellt, daß dem Beklagten nicht das Recht zusteht, sein — Wasserwerk zum Betrieb einer Mahlmühle zu benützen, und es wird dem Beklagten solche Benützung bei einer vom Verwaltungsgericht festzusetzenden Strafe verboten." Durch Urteil vom 23. Dezember 1901 wurde die Klage als unbegründet abgewiesen. Gegen das Urteil haben die Kläger bei dem Verwaltungsgerichtshof die Berufung mit dem Antrag eingelegt, das Urteil aufzuheben und zu erkennen, wie sie in I. Instanz beantragt hatten. Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Gründe:

Die Kläger gestehen zwar dem Beklagten ein Nutzungs-

recht am Enzwasser insoweit zu, als sein Werk für die ursprünglich bestimmten Zwecke einer Sägmühle nebst Oelschlag und Hanfreibe verwendet wird. Ihr Verbietungsrecht aber stützen sie darauf, daß auf die Stadt Besigheim durch den Verkauf der oberen Enzmühle seitens des damaligen Inhabers der Staatsgewalt im Jahr 1524 an dem durch das Wehr gestauten Enzfluß dasselbe unumschränkte Nutzungsrecht, das der Verkäufer besessen habe, übertragen worden sei und durch die Weiterveräußerung seitens der Stadt auf ihre Rechtsnachfolger wenigstens soviel an ausschließlicher Berechtigung übergegangen sei, wie sie heute noch ein Privatmann haben könne; daß ferner, was dem Beklagten an dem Enzwasser zu benützen zustehe, lediglich von den Klägern bezw. deren Rechtsvorfahren abgegeben worden sei, jedoch nur zu bestimmten Zwecken und vergünstigungsweise bezw. unter gewissen Bedingungen, nach deren Eintritt für die Kläger an sich der Anspruch auf gänzliche Aufhebung der Wassernutzung des Beklagten erwachsen wäre und zum mindesten der Anspruch auf Untersagung des Mahlmühlebetriebes erwachsen sei. Indessen sind irgendwelche sicheren Anhaltspunkte für den ursprünglichen Umfang des Wassernutzungsrechts der oberen Enzmühle den Akten nicht zu entnehmen. Es wird nun daran nicht zu zweifeln sein, daß bei dem Verkauf dieser Mühle im Jahr 1524 das derselben zukommende Wassernutzungsrecht (Wassergesetz Art. 39, B.G.B. § 96) mitveräußert worden ist, daß aber von einer Mitübertragung der Regalität selbst nicht die Rede war und nicht die Rede sein konnte [1]).

Im übrigen steht der behaupteten ausschließlichen Berechtigung die gleichzeitige Existenz der ehemaligen Walk- und Schleifmühle, die erst im Jahr 1785 von einem Rechtsvorgänger der Kläger erworben worden ist, im Wege, wobei dahingestellt bleiben kann, wie es sich mit dem „Fluß" verhält, welchen der Erbauer der Lohmühle von den Enzfischern

1) Gerber, Deutsches Privatrecht § 63 Note 14, § 67.

seinerzeit erworben hat. Auch ist es überhaupt fraglich, ob mit der oberen Enzmühle jemals eine Wassernutzung verknüpft war, die als Recht (nicht bloß in tatsächlicher Ausübung) über das Bedürfnis dieser Mühle hinausging, wie spätere Vorgänge zeigen [1]).

Es bedarf jedoch eines weiteren Eingehens hierauf und auf die weitere Frage nicht, wie es sich mit der unter anderem für das unbeschränkte Nutzungsrecht aufgestellten Behauptung der Kläger über das Eigentum am Wehr und dessen Erstreckung über den ganzen Enzfluß bis zum linken Ufer verhalten hat. Denn jedenfalls haben sich an ein so weit gehendes Nutzungsrecht weder die späteren Inhaber des in der Form des Wasser- bezw. Mühlenregals geübten staatlichen Wasserhoheitsrechts noch die Rechtsvorgänger der Kläger gehalten. Die Inhaber der Regalität mußten schon wegen der fortlaufenden Wasserregalzinsen die bestehende Wassernutzung der oberen Enzmühle kennen und die Möglichkeit ins Auge fassen, daß spätere Konzessionen ohne Einwirkung auf diese Wassernutzung bezw. ohne Mitbenützung derselben und besonders der Stauanlage nicht durchgeführt werden könnten (vergl. auch Wassergef. Art. 57 ff.). Dessen ungeachtet ergingen die beiden herzoglichen Konzessionen von 1676 zur Errichtung der Lohmühle und von 1778 zur Errichtung der Sägmühle, welche die rechtliche Grundlage für die Wasserbenützungsanlage des Beklagten bilden. Diese Konzessionen sind, wie ohne weiteres unterstellt werden kann, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt ist, nur unbeschadet der Rechte Dritter (also auch des damaligen oberen Enzmüllers) erteilt worden. Sie enthalten außer der allgemeinen Zweckangabe keine näheren Pläne und Vorschriften über die Ausführung der Anlage, setzten also voraus, daß diese erst durch Einigung der beteiligten Werkbesitzer bezw. durch behördliche Entscheidung geschaffen werden sollten. Die Konzessionen erhielten denn auch ihre spezielle Ausgestaltung erst durch die conditiones vom 7. August 1688 und durch die Konvention vom

1) Vgl. Württ. Archiv I S. 274, XXIII S. 324.

17. Februar 1778, Vereinbarungen zwischen den Rechtsvorgängern der Kläger und des Beklagten, zu denen sich die ersteren trotz der angeblichen Unbeschränktheit ihres Rechts — wenn auch nach anfänglichem Widerstreben und unter Zuspruch der Obrigkeit — aus freien Stücken herbeigelassen haben.

1. Nun sind allerdings die conditiones in einer Weise gefaßt, als ob es sich nicht sowohl um einen gegenseitigen Vertrag der Stadt als Besitzerin der oberen Enzmühle mit dem Erbauer der Lohmühle, als um eine obrigkeitliche Bewilligung und um eine Vergünstigung gehandelt hätte. Sie machen in Ziff. 2 und 4 die Zulassung des Lohstampfens von dem jedesmaligen Gutbefinden des Mühlmeisters und das Aufhören der Lohmühle auf Begehren davon abhängig, „wenn der Fluß ändern oder die Zulassung solchen Gebrauchs nicht mehr praktikabel und der Stadt allzu beschwerlich fallen würde." Mit Recht geht aber der Unterrichter davon aus, daß die Kläger ihr Verbietungsrecht auf die conditiones nicht mehr stützen können, nachdem auf Grund der Verhandlung vom 17. Juni 1858 zwischen dem damaligen oberen Enzmüller und dem damaligen Sägmüller und auf Grund der Genehmigungsurkunde vom 7. September 1858 die Wasserkraft der Lohmühle mit der Wasserkraft der Sägmühle unter gewissen auf die Wasserbenützung bezüglichen Ausführungsvorschriften vereinigt und der Kanal der letzteren entsprechend vergrößert und mehr gegen das linksseitige Ufer verlegt worden ist, worauf die Auffüllung des Kanals der Lohmühle und der Ablauf der Lohmühle selbst erfolgt war. Damit ist diese Wasserbenützungsanlage überhaupt erloschen und ihre Wasserkraft als ein mit ihr verbundenes Recht untergegangen und in dem Wassernutzungsrecht der Sägmühle aufgegangen. Es kann daher — auch ohne Annahme eines stillschweigenden Verzichts — von einem Fortbestehen der conditiones, unter denen die Lohmühle bisher betrieben wurde, ebensowenig die Rede sein, als von ihrem Uebergang auf die allein weiterbestehende Sägmühle.

2. Nicht ganz ebenso verhält es sich mit der Konvention von 1778. Denn wenn auch die darin enthaltenen Bestimmungen über die für den Wasserbedarf und Wasserverbrauch erheblichen Einrichtungen und Bestandteile des Wasserbaus schon durch den Vergleich vom 30. September 1840 mit der Genehmigungsurkunde vom 27. November 1840 und sodann durch die späteren Genehmigungsurkunden vom 7. September 1858 (s. Ziff. 3), vom 31. März 1875 und 16. Oktober 1889 abgeändert und ergänzt worden sind, so ist damit doch nicht die Konvention selbst mit allen ihren anderen Bestimmuugen z. B. über die Teilnahme an den Wehrunterhaltungskosten und an den Wasserregalzinsen aufgehoben und ersetzt worden. Hieran ändert es auch nichts, daß die Bestimmung der Ziff. 11, wornach sich der ganze Kontrakt ganz und gar aufheben soll, „wenn die Sägmühle, Hanfreibe und Oelschlag über kurz oder lang gar eingehen sollte", in Verbindung mit dem Schlußsatz der Konvention in den späteren Verhandlungen und Genehmigungsurkunden sowie in der Werksbeschreibung eine Erwähnung nicht gefunden hat. Dessenungeachtet können die Kläger auch auf die Ziff. 11 ihr Verbietungsrecht nicht stützen, uud ist auch in dieser Beziehung dem Urteil erster Instanz beizutreten. Das Verbietungsrecht könnte nur durchgreifen, wenn der Betrieb bezw. der Fortbetrieb der Sägmühle nebst Oelschlag und Hanfreibe nach Maßgabe der ursprünglichen Konzession bezw. der späteren Vereinbarungen der Rechtsvorgänger der Parteien und behördlichen Genehmigungen als unter der Bedingung der fortdauernden Verfolgung dieser Zwecke erfolgt anzusehen wäre. Das trifft jedoch nicht zu. Es folgt an sich noch nicht aus der selbstverständlichen Bezeichnung des Zwecks des Unternehmens in dem Gesuch des Erbauers der Sägmühle um Konzession und in der darauf erteilten Konzession, auch nicht aus der Befürwortung des Vorhabens als zum Besten des Publikums dienend durch die Behörde. Auch die späteren Verhandlungen und behördlichen Akte, insbesondere die Konvention in ihrer Ziff. 11, welche mehr nicht bestimmen will,

als daß der Vertrag sich aufhebt mit dem Eingehen des nach der gegenwärtigen Verwendung gekennzeichneten Wasserwerks, lassen nicht erkennen, daß das Wasserwerk auf die benannten Zwecke für alle Zukunft festgelegt werden sollte. Es kann zwar zugegeben werden, daß, wenn der Sägmüller auch den Betrieb einer Mahlmühle in seinem Gesuche mit angegeben hätte, der obere Enzmüller die Abgabe von Wasser hiezu verweigert hätte, daß also beiderseits eine solche Benützung des Wasserwerks nicht von Anfang an in Aussicht genommen war. Es mag sich dies auch daraus erklären, daß in Württemberg damals und noch nach der G.O. von 1836 bis zur G.O. von 1862 die Anlegung von Getreidemühlen für Mahlgäste (Kundenmühlen) als solche, gleichviel, ob mit oder ohne Benützung von Wasserkräften, durch eine vorgängige gewerbepolizeiliche Ermächtigung bedingt war [1]) und auf eine solche Ermächtigung wegen der gewerblichen Konkurrenz mit Sicherheit nicht zu rechnen war, obwohl der oberen Enzmühle mehr Wasser zufloß, als für ihren Betrieb erforderlich war. Allein hieraus läßt sich eine stillschweigende Vereinbarung über den Ausschluß einer künftigen Benützung der Sägmühle zu einer Mahlmühle nicht ableiten, ganz abgesehen von der Frage, ob den Beklagten als Einzelrechtsnachfolger eine solche Vereinbarung binden würde. Das Wassergesetz vom 1. Dez. 1900 kann zwar auch mit seinen hierher gehörigen und die Rückwirkung auf bestehende Wassernutzungsrechte vorschreibenden Bestimmungen (Art. 31 Abs. 4. 6, Art. 44, Abs. 4) [1]) auf die schon im Jahr 1898 vorgenommene Einrichtung der Mahlmühle in dem beklagten Wasserwerk keine unmittelbare, sondern nur insoweit Anwendung finden, als darin das bisherige Recht zum Ausdruck gelangt. Dies trifft aber hier zu. Das Wassergesetz schreibt zwar allgemein vor, daß in der Verleihungsurkunde der Zweck anzugeben sei, für welchen die Verleihung erfolgt,

1) G.O. vom 5. Aug. 1836 Art. 123, G.O. vom 12. Febr. 1862 Art. 11. 13.

2) Verhandlungen der Kammer der Standesherren 1899/1900 Beil. Bd. S. 94. 681.

unterscheidet aber bei der Benützung öffentlicher Gewässer mit oder ohne Stauanlage, ob die Verleihung erfolgt 1. zu Triebwerken oder 2. zur Bewässerung und sonstigen Wasserentnahmen oder 3. zu Bade- und Waschanstalten und dergleichen. In den letzten beiden Fällen — erklären die Motive bezw. der Kommissionsbericht — sind der Zweck, für welchen das Wasser verwendet werden will, sowie auch die Grundstücke und Anlagen, für welche die Benützung erfolgen soll, für Art und Umfang der Wassernutzung selbst bestimmend. Daß in diesen Fällen der Zweck der verliehenen Nutzung stets speziell zu bezeichnen ist, ergibt sich aus der Natur der Sache. Dagegen erschöpft sich bei der Benützung des Wassers für ein Triebwerk die Wasserbenützung in der Bewegung des Triebwerks durch die dem Nutzungsberechtigten zugewiesene, in dem bestimmten Gefäll sich bewegende Wassermenge. Die Anlage, welcher das Triebwerk dient, kann zwar für die tatsächliche, mehr oder weniger vollständige Inanspruchnahme der verliehenen Nutzung von Erheblichkeit sein; ihre Aenderung ist aber sonst von keinem Einfluß auf Größe und Art der Wassernutzung. Die Verleihung des Rechts zur Benützung des Wassers für ein Triebwerk soll daher, auch wenn in der Verleihungsurkunde, wie üblich und selbstverständlich ist, der spezielle Fabrikationszweig, dem das Triebwerk zunächst dienen soll (Kunstmühle, Spinnerei, Sägwerk u. s. w.), genannt wird, nicht an die Bedingung der fortdauernden Pflege dieses bestimmten Fabrikationszweiges geknüpft sein, wofern dies nicht beim Vorhandensein besonderer Umstände in der Verleihungsurkunde ausdrücklich ausgesprochen wird z. B. bei Anlagen, welche zur Gewinnung und Abgabe elektrischer Kraft bestimmt sind[1]).

Da solche besonderen Umstände hier nicht vorliegen und in dem gewerblichen Wettbewerb als solchem nicht zu finden

1) W.G. Art. 35 Abs. 2, Art. 31 Abs. 2, vgl. Art. 44 Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 4; Verhandlungen der Kammer der Standesherren 1899/1900 Beil. Bd. S. 97. 683. 688. Prot. Bd. S. 761. 764; Vollzugs-Verfügung vom 16. Nov. 1901 z. W.G. § 92. 93. 125.

sind, so kann dem Beklagten auch die Benützung seines Wasserwerks zum Mahlbetrieb nicht verwehrt werden, zumal die Kläger selbst zugeben, daß durch die Einrichtung der Mahlmühle nicht nur die Stauanlage nicht verändert, sondern auch das Wasser für die obere Enzmühle nicht geschmälert worden ist.

Urteil vom 13./20. Mai 1903 in der Berufungssache Roller und Gen. gegen Ernst.

5.

Konzessionspflichtigkeit einer Anlage, durch welche das zur Wiesenwässerung benutzte Wasser, soweit es bei dieser Verwendung nicht verbraucht wird, dem öffentlichen Gewässer, dem es entstammt, für einen andern Zweck entzogen wird.

Die Aktiengesellschaft „D. V." mit dem Sitz in St. ist Eigentümerin der in W. an der Enz gelegenen Papierfabrik; außerdem besitzt sie oberhalb in einer Entfernung von etwa 700 m am Rennbach, einem anerkannt öffentlichen, von linksher in die Enz fließenden Gewässer, eine Wiesenparzelle Nr. 540 der Markung W., die nach altem Herkommen vom Rennbach aus bewässert werden darf. Dieser Bewässerung dient hauptsächlich ein oberhalb der Wiese vom Rennbach abgezweigter am Kopf der Wiese sich hinziehender Wassergraben. Auf dieser Wiese hat die D. V. im Jahre 1899 in der Entfernung von einigen Metern vom Rennbach eine Sickeranlage nebst Schacht errichtet, mittelst welcher das für die Bewässerung der Wiese zugeleitete Rennbachwasser, welches früher vermöge des natürlichen Gefälles wieder dem Rennbach zufloß, nebst dem auf der Wiese niederfallenden Tagwasser gesammelt und mit einigem einsickernden Grundwasser in geschlossener Röhrenleitung der Papierfabrik für deren Zwecke zugeführt wird.

Infolge einer Einsprache der Stadtgemeinde W., welcher im Rennbach das Fischereirecht und außerdem für zwei in

der Nähe gelegene Wiesenparzellen das Bewässerungsrecht zusteht, hat das K. Oberamt Neuenbürg am 28. Mai 1900 der Papierfabrik W. von Flußpolizei wegen die Auflage gemacht, sich jeder von der bisherigen Uebung abweichenden Nutzung des Rennbachwassers zu enthalten und für Wiederherstellung des alten Laufs des Wässerwassers zu sorgen. Die hiegegen von der D. V. erhobene Verwaltungsbeschwerde ist zunächst von der K. Kreisregierung in Reutlingen am 2. November 1901 und sodann vom K. Ministerium des Innern mit Entscheidung vom 9./11. Dezember 1902 als unbegründet abgewiesen worden. Der als Sachverständige beigezogene Straßenbauinspektor Sch. hat in einer gutächtlichen Aeußerung vom 17. Juni 1901 bei niederem Wasserstand die Wassermenge des Rennbachs oberhalb der Wiese auf 15 Sekundenliter berechnet und den Betrag des aus dem Schachte abgeleiteten Wassers auf Grund einer Messung mit 1,33 Sekundenliter angegeben; wenn man hievon als mutmaßlichen Betrag des Grundwassers 0,13 Sekundenliter abziehe, werden dem Rennbach durch die Sickeranlage 1,2 Sekundenliter oder 8% seiner gesamten Wassermenge entzogen. Das K. Ministerium des Innern hat bei seiner Entscheidung folgenden Standpunkt eingenommen: Nach herrschender Rechtsanschauung, die auch in den Art. 1 u. 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 zum Ausdruck gekommen sei, bilde das nach Ursprung und Ausgang mit einem öffentlichen Gewässer zusammenhängende Wiesenwässerungswasser während seines ganzen Verlaufs über die zu bewässernden Grundstücke fortdauernd einen Bestandteil des öffentlichen Gewässers und höre so nicht auf, öffentliches Wasser zu sein; werde solches Wasser mittelst einer künstlich angelegten, auf Dauer berechneten nicht jederzeit wieder leicht entfernbaren Vorrichtung aufgefangen und weggeleitet, so liege eine über den gestatteten Gemeingebrauch hinausgehende verleihungspflichtige Benützung eines öffentlichen Gewässers vor; hieran könne der Umstand nichts ändern, daß in der Sickeranlage auch das niederfallende Tagwasser gesammelt werde. Gegen die Mini-

sterialentscheidung hat die D. V. die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Für die Rechtsbeschwerde sind die Voraussetzungen des Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 gegeben; außerdem ist für Fälle, wie der vorliegende, die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde im Art. 112 Abs. 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900, welches mit dem 1. Januar 1902 in volle Wirksamkeit getreten ist, ausdrücklich anerkannt. Ist hienach die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nicht zu beanstanden, so muß ihr doch aus den in der angefochtenen Entscheidnng enthaltenen Gründen der Erfolg versagt werden.

1. Auf Grund der Vorschriften des Wassergesetzes ist zu der von der Beschwerdeführerin hergestellten Entnahme von dem öffentlichen Gewässer des Rennbachs entstammendem Wasser zu privaten Zwecken unzweifelhaft die Verleihung der zuständigen Behörde erforderlich. Unter den aus dem Gemeingebrauch fließenden Befugnissen ist eine solche Benützung im Art. 16 des Gesetzes nicht erwähnt, vielmehr ist im Art. 31 Abs. 2 Ziff. 2 ausdrücklich die Verleihung gefordert für jede Benützung öffentlicher Gewässer, bei welcher eine Wasserentnahme mittelst einer bleibenden Vorrichtung stattfindet. Die Annahme, als ob das für die Wiesenbewässerung einem öffentlichen Gewässer entnommene Wasser nachher ohne weiteres für einen andern Zweck dem Mutterbach dauernd entzogen werden dürfte, wird widerlegt durch den Art. 40 Abs. 3; nach dieser Bestimmung muß, wenn nicht ein anderes gestattet oder vorgeschrieben wird, das einem öffentlichen Gewässer entzogene Wasser, nachdem es den Zweck, welchem die gestattete Nutzung desselben dient, erfüllt hat, insoweit, als es hiedurch nicht verbraucht worden ist, jenem Gewässer wieder zugeführt werden. Die ohne vorgängige Genehmigung (Art. 31 Abs. 6 des Wassergesetzes) von der Beschwerdeführerin hergestellte Sickerungsanlage mit

Sammelschacht und Ablaufleitung steht daher im Widerspruch mit den Vorschriften des Wassergesetzes; nach Art. 112 Abs. 1 dieses Gesetzes bezw. § 262 der Vollzugsverfügung vom 16. November 1901 war daher die Polizeibehörde befugt, der Beschwerdeführerin die Beseitigung dieser Veranstaltung aufzugeben.

2. Die von der Polizeibehörde mit der Verfügung vom 28. Mai 1900 beanstandete Sickeranlage der Beschwerdeführerin ist schon im Jahre 1899, also vor dem Inkrafttreten des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 ausgeführt worden; ihre Rechtmäßigkeit ist daher nach dem damals in Geltung befindlichen Wasserrecht zu beurteilen. Allein da dieses Recht in den für den vorliegenden Fall maßgebenden Punkten eine Abweichung von der nachherigen Kodifikation nicht aufweist, kann diese Beurteilung zu einem anderen Ergebnis nicht führen. Da auch nach dem früheren Recht unter den obwaltenden Umständen für den Wässerungsberechtigten die öffentlich rechtliche Verpflichtung bestand, das zur Wiesenwässerung benützte Wasser, insoweit es bei dieser Verwendung nicht verbraucht wurde, dem öffentlichen Gewässer, dem es entstammte, wieder zufließen zu lassen, kann im vorliegenden Falle von einer näheren Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Wasser auf seinem Wege aus dem öffentlichen Gewässer bis zur Rückkehr in dasselbe die Natur eines öffentlichen Wassers beibehält oder in das Privateigentum des Grundeigentümers übergeht, abgesehen werden. (Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 18. April 1887 im Amtsblatt des Ministeriums des Innern Jahrg. 1887 S. 235 ff.).

3. Der Behauptung der Beschwerdeführerin, die polizeilich beanstandete Anlage diene in erster Linie der Entnahme des aus der Wiese sich sammelnden Tagwassers und des unterirdischen Grundwassers, kann eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Wie sich schon aus der Erwerbung eines Wässerungsrechts für diese Wiese ergibt, reicht dieses Tagwasser nicht einmal zur vollständigen Befriedigung der land-

wirtschaftlichen Bedürfnisse dieser Wiese aus; auch macht nach dem Gutachten des Sachverständigen das Grundwasser unter dem mittelst der Anlage abgeleiteten Wasser nur den zehnten Teil aus. Jedenfalls aber hätte die Beschwerdeführerin die Anlage so einzurichten, daß dadurch für das aus dem Rennbach stammende Wasser, bezüglich dessen ihr die freie Verfügung nicht zusteht, der Rückfluß in den Rennbach nicht ausgeschlossen wird.

Urteil vom 29. April 1903 in der Rechtsbeschwerdesache der Aktiengesellschaft D. V.

6.

Privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Betrieb einer als Gemeindeanstalt bestehenden Wasserversorgung?

Die Gemeinde St. i/R. hat im Jahre 1898 die Erstellung einer Wasserversorgungsanlage unternommen. Der Beschluß der bürgerlichen Kollegien vom 14. April 1898 besagt: Die Leitung werde auf Rechnung der Gemeinde erstellt und so eingerichtet, daß sich die ganze Gemeinde beteiligen könne, soweit dies die Höhenlage der in Aussicht genommenen Quellen zulasse; der ganze Aufwand werde von den Beteiligten getragen und in Form von Wasserzinsen aufgebracht, so daß Nichtteilnehmer nicht belastet werden. Und am 14. Dezember 1898 faßten die bürgerlichen Kollegien den Beschluß, die Wasserleitung nach dem von dem Oberbaurat E. gefertigten Plan und Kostenvoranschlag nunmehr zur Ausführung zu bringen, und zwar, um eine möglichst allgemeine Beteiligung zu erreichen, in der Weise, daß die Gemeinde die Leitungen bis an die Häuser führe . . ., den entstehenden Aufwand auf die Gemeindekasse zu übernehmen und durch Schuldaufnahme zu decken, die Schuldentilgungsrate, die Zinsen und den jeweiligen laufenden Aufwand durch Wasserzinse aufzubringen.

Den Gebäudebesitzern war zuvor ein Schriftstück zur Unterzeichnung vorgelegt worden des Inhalts: „Die Unter-

zeichneten, welche sich bei der projektierten, auf rund 45 000 M. veranschlagten Wasserleitung beteiligen wollen, verpflichten sich hiedurch zur Bezahlung der festgesetzt werdenden Wasserzinse und zu Einhaltung der noch festzustellenden Satzungen hiefür".

Durch Erlaß der K. Kreisregierung in Ludwigsburg vom 5. Januar 1899 wurde dem Beschluß der bürgerlichen Kollegien, zur Deckung der vorerst auf 45 500 M. veranschlagten Kosten der Quellwasserleitung eine Schuld in gleichem Betrage aufzunehmen, die Genehmigung mit der Maßgabe erteilt, daß über die Wiederabtragung dieses Anlehens ein näherer Plan aufzustellen und zur Genehmigung vorzulegen sei und daß etwaige Beiträge des Staats und der Zentralkasse für das Feuerlöschwesen alsbald zu einer außerordentlichen Schuldentilgung zu verwenden seien. Der Kostenaufwand stieg auf 63 686 M. und schließlich, nachdem noch 53 Teilnehmer beigetreten waren, auf 67 362 M. 21 Pf. Durch Erlasse der Kreisregierung vom 12. Februar 1900 und 16. Juli 1901 wurde die Genehmigung zur entsprechenden Erhöhung der Darlehensaufnahme ausgesprochen; die Tilgung der Schuld soll mit dem Jahre 1950 beendet sein.

Die Anlage gibt das aus 6 Quellen entspringende Wasser durch Vermittlung eines Hochreservoirs an ca. 50 Hydranten und an nahezu sämtliche Gebäudebesitzer zum Gebrauch derselben in den Haushaltungen und Stallungen und im Gewerbebetrieb ab; in einem Bericht des Schultheißenamts vom 10. Oktober 1902 ist gesagt, es seien nur 19 Haushaltungen noch nicht angeschlossen. Es sind jedoch die Heilanstalt in Schloß St. mit ca. 450 Bewohnern und die eine halbe Stunde entfernte Seemühle in die Leitung nicht einbezogen.

Am 30. März 1900 haben die bürgerlichen Kollegien die „Satzungen für die Wasserabgabe aus der Gemeindewasserleitung" beschlossen, indem sie ein Exemplar des Statuts der Gemeinde H. in einigen untergeordneten Punkten abänderten und unterzeichneten. In § 1 Abs. 1 ist gesagt: wer durch die Gemeindewasserleitung zu irgendwelchem Zweck Wasser zu beziehen wünsche und dasselbe sich zuleiten lassen

wolle, habe dies bei dem Gemeindevorstand anzuzeigen, der wegen Herstellung der Zuleitung die entsprechende Verfügung sofort treffen und dem Antragsteller unentgeltlich ein Exemplar des Statuts behändigen werde. Es hat jedoch eine Vervielfältigung des Statuts und die Eröffnung seines Inhalts an die einzelnen Wasserabnehmer nicht stattgefunden und auch eine öffentliche Bekanntmachung des Statuts ist nicht erfolgt. Im übrigen enthält das Statut insbesondere folgende Bestimmungen:

§ 4 Abs. 1. Durch Unterzeichnung des Vertrags unterwirft sich der Anmeldende nicht nur den allgemeinen Bezugsbedingungen und technischen Vorschriften, wie dieselben jetzt vorliegen, sondern auch denjenigen Veränderungen in Berechnung des Wasserzinses, welche durch Vornahme der vorbehaltenen Tarifrevisionen in der Folge eintreten können.

§ 5. Der Wasserabnehmer hat einen Rechtsanspruch auf Wasserbezug, solange die Gemeinde des Wassers nicht zeitweise oder bleibend für öffentliche Zwecke bedarf oder von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

§ 13. Aenderungen oder Zusätze zu diesen Vertragsbedingungen, sowie Bestimmungen von nur vorübergehender Gültigkeit werden durch Plakate, Tagesblätter oder Ausrufen bekannt gemacht und hiedurch für die Wasserabnehmer ebenso verbindlich wie der von denselben unterzeichnete Vertrag.

Der § 14 droht für die Uebertretung verschiedener Vorschriften Konventionalstrafen an, die vom Gemeinderat nach Lage des einzelnen Falls angesetzt werden.

§ 15. Der Vertrag über den Wasserbezug ist für den Abnehmer wie für die Gemeinde vierteljährlich, je am ersten eines Monats, kündbar. Die Kündigung muß bei dem Schultheißenamt schriftlich eingereicht werden.

§ 16. Beschwerden gegen Anordnungen der Betriebsverwaltung sind bei dem Gemeinderat anzubringen, welcher darüber nach Vernehmung der Beschwerdeführer und des be-

treffenden Beamten beschließt. Streitigkeiten, welche zwischen einem Wasserabnehmer und der Gemeinde entstehen, sind unter Ausschluß des Rechtswegs durch ein Schiedsgericht zu entscheiden, wozu jede Partei zwei Vertreter bestimmt, welche unter dem Vorsitz des Ortsvorstandes als Obmann die Entscheidung fällen.

Durch Beschluß der bürgerlichen Kollegien vom 30. März 1900 wurden auch die Wasserzinse in ihren verschiedenen Beträgen festgesetzt (es sind hiebei auch Wasserzinse für das Rathaus, das Schulhaus, das Armenhaus und den Farrenstall bestimmt); alle Sätze sollen „insolange in Ansatz kommen, als nicht eine Aenderung erfolgt".

Der Witwe P. V. in St., deren Bevollmächtigter die obenerwähnte, vor der Ausführung der Wasserversorgungsanlage aufgenommene Verpflichtungsurkunde mitunterzeichnet hatte und deren Wohnhaus in der Folge an die Leitung angeschlossen worden war, ist von dem Gemeinderat am 30. September 1901 der Wasserbezug mit Wirkung vom 1. Januar 1902 an gekündigt und am 1. März 1902 die von der Hauptleitung nach ihrem Hause führende Leitung abgegraben worden.

Dies geschah, weil die Witwe V., der die Gemeinde einen Teil ihres Weinbergs zur Anlegung des Reservoirs abgekauft hatte, einen Civilprozeß gegen die Gemeinde auf Ersatz des bei dieser Anlegung in ihrem Weinberg angerichteten Schadens anhängig gemacht und sich mit der ihr angebotenen Abfindung nicht begnügt hatte.

Gegen das Vorgehen des Gemeinderats mit der Kündigung des Wasserbezugs hat sich die Witwe V. schon am 3. Oktober 1901 bei dem K. Oberamt Cannstatt beschwert, ihre Beschwerde wurde aber mit der Begründung abgelehnt, daß das Statut über die Benützung der Wasserleitung kein polizeiliches Statut sei. Hierauf erhob die Witwe V. bei dem K. Amtsgericht Cannstatt Klage gegen die Gemeinde auf die Feststellung, daß die Kündigung des Wasserbezugs ungültig sei; durch Urteil des Amtsgerichts vom 15. Mai 1902 ist aber die Klägerin mit dieser Klage wegen Unzuläs-

sigkeit des Rechtswegs vor den bürgerlichen Gerichten abgewiesen worden und die von ihr erhobene Berufung ist bei der Civilkammer I des K. Landgerichts Stuttgart noch nicht erledigt. Es hat nämlich die Witwe V. am 11. März 1902 bei dem Oberamt Cannstatt eine neue Beschwerde anhängig gemacht mit dem Antrag, es möge der Gemeinde aufgegeben werden, ihr den Bezug des Wassers aus der Gemeindewasserleitung zu gestatten und auf Kosten der Gemeinde den Anschluß der Hausleitung an die Hauptleitung wieder herzustellen. Mit Bescheid vom 10. Mai 1902 hat das Oberamt ein sachliches Eingehen auf die Beschwerde mit der Begründung abgelehnt, daß es sich um einen der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte unterstehenden Vertrag handle, der keinen Raum zum Eingreifen der Aufsichtsbehörde lasse. Als hierauf die Witwe V. weitere Beschwerde an die K. Kreisregierung in Ludwigsburg erhob, hat diese durch Erlaß vom 8. Juli 1902 die Beschwerde (als wegen der Unzuständigkeit der Verwaltungsbehörden unbegründet) abgewiesen.

Dagegen hat, als hierauf die Witwe V. sich mit einer weiteren Beschwerde an das K. Ministerium des Innern wandte, das K. Ministerium durch Erlaß vom 1. Dezember 1902 diese Beschwerde als begründet erkannt und der Gemeinde St. auferlegt, der Witwe V. den Bezug des Wassers aus der Gemeindewasserleitung für ihr Wohngebäude einzuräumen und zu diesem Zweck den Anschluß der Hausleitung an die Hauptleitung auf ihre Kosten sofort wieder herzustellen.

Gegen diese ihm am 20. Dezember 1902 eröffnete Entscheidung hat der Gemeinderat St. bei dem Verwaltungsgerichtshof die Rechtsbeschwerde mit dem Antrag, die Entscheidung außer Wirkung zu setzen, erhoben. Die Rechtsbeschwerde ist als unbegründet zurückgewiesen worden aus nachstehenden

Gründen:

1. Die Kreisregierung hat in ihrer Entscheidung vom 8. Juli 1902 den Standpunkt eingenommen: Allerdings sei die Was-

serleitung jedem Einwohner zur Verfügung zu stellen, aber nur soweit sie öffentliche Einrichtung sei d. h. soweit sie das Wasser in öffentlichen Brunnen, Teichen, Wetten, Hydranten ꝛc. dem Gemeingebrauch preisgebe, nicht aber soweit das Wasser in den Leitungsröhren zum Privatgebrauch dem einzelnen zugeleitet oder in einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Weise von einem Privaten beansprucht werde. Von einem im öffentlichen Recht begründeten Gesuch der V. auf Anschluß an die Gemeindewasserleitung könne daher keine Rede sein. Anders würde es sich verhalten, wenn der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen wäre, die öffentlichen Brunnen zu benützen, was aber von der Beschwerdeführerin nicht behauptet und nicht aus den Akten ersichtlich sei. In ihrer an das K. Ministerium gerichteten Beschwerdeschrift hat sodann aber die Witwe V. vorgebracht: Der Umstand, daß sich sämtliche Bewohner von St. der Wasserleitung angeschlossen haben, habe zur Folge gehabt, daß die meisten der in der Gemeinde benützten Brunnen, die jedoch Privatbrunnen gewesen seien, insbesondere auch der von ihr bisher benützte, etwa 50 m von ihrer Wohnung entfernte Privatbrunnen, eingegangen seien und in den andern, da sie nicht benützt werden, das Wasser stehe und unbrauchbar werde, und es hat dieses Vorbringen dem K. Ministerium Anlaß zu Ermittelungen gegeben. Nach den Berichten des Schultheißenamts St. vom 25. August und 12. September 1902 waren die vor Erstellung der Wasserleitung in St. vorhandenen 39 Brunnen mit alleiniger Ausnahme des noch im Gebrauch stehenden Brunnens der Eichanstalt der Gemeinde Privatbrunnen; öffentliche Viehtränken bestanden nicht und sind auch jetzt nicht eingerichtet worden; von den Privatbrunnen sind zwei durch Zufüllung ganz außer Gebrauch gesetzt worden, während von den andern ein Teil noch benützt wird, ein anderer Teil nur so außer Gebrauch gesetzt ist, daß die Wiederbenützbarkeit leicht hergestellt werden kann.

2. Das K. Ministerium ist bei seiner Entscheidung von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Die von der Gemeinde St. errichtete Wasserleitung sei eine öffentliche Gemeindeanstalt, nicht bloß soweit sie durch die Quellfassungen, das Hochreservoir, das Hauptrohrnetz und die Hydranten Feuerlöschzwecken diene, sondern auch soweit sie den Hausbesitzern das zum Trank für Menschen und Vieh und zum Wirtschaftsbetrieb erforderliche Wasser zuleite. Die Fürsorge für die Beschaffung des Trink- und Nutzwassers der Gemeindeeinwohner sei unzweifelhaft eine öffentliche Aufgabe der Gemeinden. Während aber früher die Gemeinden diese Aufgabe dadurch erfüllten, daß sie das Wasser der öffentlichen Gemeindebrunnen den Einwohnern zum Schöpfen und zum Tränken des Viehs überließen, habe in neuerer Zeit die Einrichtung von Hochdruckleitungen es ermöglicht, das Wasser unmittelbar aus der Hauptleitung in Haus und Stall zu führen. Damit habe sich wohl die Art und Weise der Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalt geändert, die letztere aber habe ihren Charakter nicht verloren, die Zufuhr des Wassers durch die Hausleitungsanschlüsse sei nichts anderes als die moderne Art der Vermittelung des allgemeinen Gebrauchs.

Dies habe das Ministerium schon in einer Entscheidung vom 28. Januar 1881 mittelbar dadurch anerkannt, daß es eine Hauswasserversorgungsanstalt für eine Gemeindeangelegenheit im Sinne des § 3 des Verwaltungsedikts erklärt habe, deren Kosten nach § 25 Abs. 1 dieses Gesetzes in vollem Betrag als Gemeindeschaden umgelegt werden können. Diesem Vorgang seien inzwischen Hunderte meist ländlicher Gemeinden gefolgt, welche die Kosten der Einrichtung und des Betriebs ihrer Hauswasserleitungen ohne Erhebung von Wasserzinsen im Wege der Besteuerung aufbringen. Eine Anerkennung der Hauswasserleitungen als dem öffentlichen Interesse dienender Gemeindeanstalten liege ferner in der Tatsache, daß mehrfach Gemeinden zur Erwerbung der für die Herstellung von Trink- und Nutzwasserversorgungen erfor-

derlichen Grundstücke im Weg der Zwangsenteignung in Fällen ermächtigt worden seien, in denen die Wasserversorgung ganz oder überwiegend als Hausleitungseinrichtung geplant war.

Dieser Verwaltungspraxis entspreche auch die Gesetzgebung: Art. 27 Abs. 1 der Verwaltungsnovelle vom 21. Mai 1891, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900, Art. 23 a des Polizeistrafgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 4. Juli 1898.

Der Charakter einer von einer Gemeinde mit öffentlichen Mitteln errichteten Hauswasserleitung als einer öffentlichen Gemeindeanstalt werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinde die gesamten durch die Anlage und ihren Betrieb entstehenden Kosten durch Wasserzinsen deckt, die von den Abnehmern des Wassers erhoben werden, also die Steuerpflichtigen als solche nicht zu diesen Kosten heranzieht; denn es bleibe die Tatsache bestehen, daß die Anlage behufs Erfüllung öffentlicher Zwecke, nicht aus Erwerbsgründen, mit den Kräften der Gemeinde erstellt worden sei; auf der Gemeinde ruhe das finanzielle Risiko des Unternehmens und die Gemeinde sei durch nichts gehindert, jederzeit die Erhebung von Wasserzinsen zu beschränken oder einzustellen und damit den Anlage- und Betriebsaufwand ganz oder teilweise im Weg der Besteuerung aufzubringen. Auch dadurch werde der öffentliche Charakter der Wasserversorgungsanlage nicht in Frage gestellt, daß ihre Benützung den Beteiligten nicht zur Zwangspflicht gemacht, sondern in ihr freies Belieben gestellt und von der Entrichtung einer Gegenleistung abhängig gemacht werde. Für den Begriff der öffentlichen Gemeindeanstalt sei jener Gegensatz belanglos und tatsächlich gebe es zahlreiche derartige Anstalten, deren Benützung allgemein oder in der Regel nur gegen besondere Vergütungsgebühr gestattet sei, wie z. B. Dohlen, Gemeindewasch- und Backhäuser, Waghäuser, Markthallen, Keltern, Zuchttiere.

Wenn hienach ein begründeter Zweifel darüber nicht bestehen könne, daß die Wasserleitung der Gemeinde St. eine

öffentliche Gemeindeanstalt sei, so seien nach dem durch Art. 46 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes nicht geschaffenen, aber vorausgesetzten und anerkannten Grundsatz, daß sämtliche Einwohner der Gemeinde zur Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten gleichmäßig berechtigt seien, eben diese Einwohner zur Benützung der Wasserleitung durch Entnahme des Wassers aus den Privatleitungen unter den für diese Benützung von der Gemeinde allgemein aufgestellten Bedingungen in gleicher Weise zuzulassen. Hiemit vertrage sich wohl eine Beschränkung oder Entziehung des Wasserbezugs, die im öffentlichen Interesse nötig werde, und es lasse sich unter diesem Gesichtspunkte äußerstenfalls eine Entziehung des Wassers rechtfertigen, die einem einzelnen Gebäudebesitzer gegenüber wegen mißbräuchlicher Benützung der Leitung verfügt werde. Dagegen rechtfertigen andere Gründe eine solche Maßregel nicht. Eine entgegenstehende Bestimmung, möge sie auf einseitiger Festsetzung der Gemeindeverwaltung oder auf einer Vereinbarung zwischen dieser und den Wasserabnehmern beruhen, könne diesem aus dem öffentlichen Recht sich ergebenden Grundsatz gegenüber keine Geltung beanspruchen.

Die Anwendung dieser prinzipiellen Ausführungen auf den vorliegenden Fall ergebe, daß die Gemeinde St., als sie der Witwe V. den Bezug des Wassers aus einer Ursache kündigte, die mit der bestimmungsgemäßen Benützung der Wasserversorgungsanlage in keinem Zusammenhang stehe, den über die allgemeine Benützbarkeit der Gemeindeeinrichtungen bestehenden Normen zuwidergehandelt habe und daß das Verfahren der Gemeinde auch nicht durch den § 15 der Satzungen für die Wasserabgabe, der den Beteiligten ein Kündigungsrecht vorbehält, gerechtfertigt werden könne. Abgesehen davon, ob nicht diese Bestimmung selbst in der Allgemeinheit ihrer Fassung anfechtbar sei, stehe jedenfalls die willkürliche, durch kein Interesse der Gesamtheit geforderte Anwendung derselben, wie sie gegenüber der Witwe V. erfolgt sei, im Widerspruch mit einem zwingenden Grundsatz

des öffentlichen Rechts und sei deshalb unzulässig, gleichviel ob der Inhalt der genannten Satzungen als öffentlichrechtliches Reglement oder als die Grundlage privatrechtlicher Verträge aufgefaßt werde.

3. Die Gemeinde vermag nicht darzutun, daß die Ministerialentscheidung rechtlich nicht begründet und sie hiedurch in einem ihr zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihr nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. Sie führt in der Rechtsbeschwerdeschrift aus: Als die Anlegung der Wasserleitung an die bürgerlichen Kollegien gekommen sei, haben die Anhänger des Unternehmens nur schwach die Mehrheit gebildet und ohne die Festlegung des Grundsatzes, daß der ganze Aufwand von den Beteiligten getragen werde, so daß Nichtteilnehmer nicht belastet werden, wäre das Unternehmen nicht zu stande gekommen; auf die Gemeinde sei außer dem finanziellen Risiko eine Last nicht übernommen worden und es könne auch von niemand ein Recht gegen die Gemeinde abgeleitet werden, wie auch die Gemeinde selbst für ihre öffentlichen Einrichtungen mit Wasserzins belastet sei. In dem Art. 46 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes sei das Recht aller Gemeindeeinwohner zur Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten aus der Pflicht derselben, zu den Gemeindelasten beizutragen, abgeleitet und hieraus folge, daß unter den öffentlichen Gemeindeanstalten im Sinne des Art. 46 nur solche verstanden seien, deren Kosten durch Gemeindeumlage aufgebracht werden oder aufgebracht werden müßten. Die Hereinziehung der Wasserleitung in die Kategorie der öffentlichen Gemeindeanstalten hätte auch im Hinblick auf die zwar mit eigener Leitung versehene, aber sich immer mehr vergrößernde Heilanstalt im Schloß St. und auf die Seemühle ihre Bedenken. Auch die von den bürgerlichen Kollegien in Eßlingen am 29. Januar 1878 festgestellten Vertragsbestimmungen über die Abgabe von Wasser zu Privatleitungen aus dem dortigen Wasserwerk enthalten die Bestimmung über das der Gemeinde zustehende Recht der Kün-

digung des Wasserbezugs. Das Vorgehen gegen die Witwe V. sei nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch nach Billigkeitsgründen gerechtfertigt gewesen, denn wer, wie die Witwe V. getan, durch eine unbegründete und übertrieben hohe Forderung sich an dem Unternehmen zu bereichern suche, schade demselben und sei von den Wohltaten desselben mindestens so lange, als dieser Standpunkt eingenommen werde, auszuschließen.

Daß die Wasserleitung in St. eine Gemeindeanstalt ist, obschon die sämtlichen Kosten durch die Wasserzinse aufgebracht werden und obschon die Heilanstalt im Schloß St. und die Seemühle an die Leitung nicht angeschlossen sind, kann nun aber nicht in Zweifel gezogen werden. Einer Erörterung bedarf nur die Frage, ob der Betrieb der Wasserleitung im Verhältnis zu den Gemeindeeinwohnern ein lediglich privatwirtschaftlicher Betrieb ist und sein kann und ob mit Rücksicht hierauf der Verfügung, welche auf die Beschwerde der Witwe V. zu deren Gunsten das K. Ministerium im Aufsichtswege getroffen hat, ein rechtliches Hindernis entgegenstand.

Wiewohl für die Anstalten, welche für öffentliche Zwecke von dem Staat und den Gemeinden hergestellt werden, die öffentlichrechtliche Gestaltung der Nutzung der Anstalt die regelmäßige und der Sache entsprechende Form der Bestimmung des Verhältnisses zu dem Nutzenden ist, kann doch nach Beschaffenheit der Umstände dieses Verhältnis auch in den Formen des Privatrechts geregelt sein. Einzelne Arten von Anstalten zeigen in dem Zwecke, dem sie dienen, und in der Art, wie sie ihn verfolgen, mehr oder minder Aehnlichkeit mit Unternehmungen gewerblicher Art, welche daneben von Privaten betrieben werden. Daraus, daß die privatwirtschaftliche Gestaltung des Betriebs der Staats- und Gemeindeanstalt die herkömmliche ist, erklärt sich, daß sie beibehalten ist, auch wo die Absicht einer Gewinnerzielung aus dem Betrieb der Anstalt bei dem Staat und den Gemeinden nicht vorhanden ist. Und obgleich insbesondere nach allgemeiner gesetzlicher

Bestimmung die Eisenbahnverwaltungen zur Zulassung zur Beförderung verpflichtet sind, werden von den Staatseisenbahnen mit dem Publikum privatrechtliche Verträge über die Personen- und Gütertransporte abgeschlossen.

Nach Beschaffenheit der Umstände ist auch die Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen, daß eine Gemeinde eine Wasserleitungsanstalt im Verhältnis zu den Wasserabnehmern als ein lediglich privatwirtschaftliches Unternehmen errichtet und betreibt, so daß sie den Gemeindeeinwohnern den Wasserbezug auf Grund und in Erfüllung privatrechtlicher Vertragsverhältnisse, die nach freiem Willen der Anstaltsverwaltung mit den einzelnen Wasserabnehmern zu stande kommen, gewährt. Und auch wenn die von der Gemeinde hergestellte Wasserversorgung als Gemeindeanstalt zu öffentlichrechtlicher Nutzung eingerichtet ist, können in dem Statut der administrativen Ordnung der Zulassung zu der Nutzung der Anstalt und der Gegenleistungen für die Nutzung Festsetzungen privatrechtlichen Inhalts hinzutreten; solche sind die Bestimmungen über die Verpflichtungen der Gebäudebesitzer, insoweit die Gemeinde für ihre Rechnung auf ihrem Eigentum und in ihren Gebäuden die Privatleitungen herstellen läßt.

Allein im vorliegenden Fall hat das K. Ministerium mit vollem Recht ausgesprochen, daß die von der Gemeinde St. erstellte Wasserversorgung nicht eine solche Gemeindeanstalt sei, die den Gemeindeeinwohnern gegenüber lediglich privatwirtschaftlich betrieben werden könne. Der Fassung der von den bürgerlichen Kollegien beschlossenen Satzungen läßt sich nicht einmal mit Sicherheit entnehmen, daß die Benützung der Wasserleitung durch die Gemeindeeinwohner in Wirklichkeit nur innerhalb privatrechtlicher Verträge, welche zwischen ihnen und der Gemeinde abgeschlossen werden, sich habe vollziehen sollen, und aus dem, was sonst erhoben ist, erhellt nicht, daß tatsächlich der Wasserbezug sich in dieser Weise gestaltete. Die Unterzeichnung des Schriftstücks, wodurch die Ausführung des Unternehmens gesichert wurde, war auch

für diejenigen Gebäudebesitzer, welche sich an dieser Unterzeichnung beteiligten, kein Abschluß eines fertigen privatrechtlichen Vertrags über die dem wirklichen Bedarf der einzelnen Gebäudebesitzer entsprechende Benützung der Wasserleitungsanstalt. In dem § 1 der Satzungen ist noch eine Anmeldung erfordert; die Vervielfältigung des Statuts, welche die Behändigung eines Exemplars an den Antragsteller ermöglicht hätte, hat aber nicht stattgefunden und auch eine öffentliche Bekanntmachung der Satzungen ist nicht erfolgt. Wie dem aber auch sei, jedenfalls war die Beschaffung des für die Gemeindeeinwohner unentbehrlichen Trink- und Nutzwassers in der Weise eine im öffentlichen Recht begründete Aufgabe der Gemeinde, daß ihr durch eine Gestattung der Benützung der Wasserleitung, welche die Gewährung des Wasserbezugs mittels Anschlusses der Hausleitung und die Kündigung des Wasserbezugs in die freie Entschließung des Gemeinderats gestellt hätte, nicht genügt werden konnte. Daß für eine freie Befugnis des Gemeinderats, im Wege des Abschlusses privatrechtlicher Verträge und im Wege der Kündigung solcher Verträge über den Wasserbezug zu verfügen, im vorliegenden Falle kein Raum sein konnte, ergibt sich unzweifelhaft daraus, daß bei der Einrichtung der Wasserversorgung die Wasserzuleitung zur Speisung öffentlicher Brunnen unberücksichtigt geblieben ist, so daß in der — ohne die Heilanstalt im Schloß St. — gegen 1600 Einwohner zählenden Gemeinde nur ein einziger öffentlicher Brunnen vorhanden ist. Nun sind zwar auch vor der Anlegung der Wasserversorgung von den 39 Brunnen 38 Privatbrunnen gewesen; allein die Herstellung der Wasserleitung hat zur unausbleiblichen Folge, daß die Zahl der in brauchbarem Stande befindlichen Privatbrunnen in fortschreitender rascher Verminderung begriffen ist.

Ob der Schadensersatzanspruch, den die Witwe V. bei dem Amtsgericht Cannstatt gegen die Gemeinde eingeklagt hat, in seinem vollen Betrage begründet war, ist hier nicht nachzuprüfen. Die von dem K. Ministerium im Aufsichts-

wege auf die Beschwerde der Witwe B. getroffene Verfügung findet ihre volle Rechtfertigung darin, daß von dem Gemeinderat die Kündigung des Wasserbezugs aus einem Grunde vorgenommen worden ist, der mit der bestimmungsgemäßen Benützung der Wasserversorgungsanlage in keinem Zusammenhang steht.

Urteil vom 17. Juni 1903 in der Rechtsbeschwerdesache der Gemeinde St. i. R.

7.

Eine Schankwirtschaft kann nicht durch Verlegung des Ausschanks einzelner Getränke in ein anderes Gebäude in mehrere Berechtigungen zum Ausschank einzelner Getränke geteilt werden.

Der Beschwerdeführer J. F. betrieb auf seinem Hause Nr. 33 der Forststraße in Stuttgart neben der Bäckerei seit Jahren eine Schankwirtschaft mit Ausschank von Wein, Obstmost, Bier und Branntwein. Im Jahr 1894 bat er, nachdem er dieses Haus veräußert hatte, um Genehmigung der Verlegung seines unbeschränkten Schankwirtschaftsrechts in das von ihm erworbene, jetzt mit Nr. 59 bezeichnete Haus der Johannesstraße. Jedoch hatten seine wiederholten Gesuche keinen Erfolg, da die Stadtdirektion bei ihren Bescheiden ebenso, wie das Stadtpolizeiamt und die Polizeiabteilung des Gemeinderats in ihren Gutachten der Ansicht waren, daß die Verhältnisse bei dem neuen Lokal wesentlich andere seien, als bei dem alten Lokal, und deshalb die Bedürfnisfrage verneinten. Auch in seinem schriftlichen Gesuch vom 1. März 1898 hat er um Verlegung seines unbeschränkten Schankwirtschaftsrechts gebeten, aber am 8. März vor dem Stadtpolizeiamt, sowie in einer späteren Eingabe vom 17. März 1898 erklärt, daß er nur um die Genehmigung des Ausschanks von Wein und Obstmost, abgesehen vom Bier, bitte. Das Stadtpolizeiamt und die Polizeiabteilung des Gemeinderats haben sich am 27. April 1898 dahin geäußert, daß das Vorhan-

densein eines Bedürfnisses für den beabsichtigten Wirtschaftsbetrieb (Wein- und Mostschank) angenommen werden könne, wenn die Wirtschaft Forststraße 33 eingehe, und unter dieser Voraussetzung das Gesuch nicht beanstandet werde. Die Stadtdirektion hat jedoch am 20. Mai 1898 die Genehmigung „zur Verlegung der in dem unbeschränkten Schankwirtschaftsrecht inbegriffenen Befugnis zum Ausschank von Wein und Obstmost" unter Verneinung der Bedürfnisfrage versagt. Während der als verspätet nachträglich zurückgenommene Rekurs schwebte, hat am 6. Juli 1898 das zum Bericht aufgeforderte Stadtpolizeiamt sowie die Polizeiabteilung des Gemeinderats auf dem am 27. April eingenommenen Standpunkt beharrt; desgleichen in der Aeußerung vom 8. September 1898, nachdem Rechtsanwalt Sch. als Bevollmächtigter des ꝛc. F. „dessen Gesuch um die Erlaubnis zur Verlegung seines Schankwirtschaftsrechts und zwar zum Ausschank von Wein, Most, abgesehen vom Bier" unter Berufung auf die früheren Eingaben und den Inhalt der zur Einsicht mitgeteilten Akten mit Eingabe vom 29. August 1898 erneuert hatte. In dem Erlaß der Stadtdirektion vom 21. September 1898 an das Stadtpolizeiamt wird die Frage erhoben, ob angesichts der ziemlich starken Ueberbauung in der Umgebung des Hauses in der Johannesstraße und der geringen Entfernung der beiden Lokale von einander noch gesagt werden könne, daß die für die Bedürfnisfrage maßgebenden Verhältnisse noch wesentlich andere seien; sodann wird ausgeführt, daß der zum Betrieb der unbeschränkten Schankwirtschaft konzessionierte F. vorwiegend Wein und Obstmost auszuschänken scheine, in dem Hause der Johannesstraße wolle er gleichfalls nur Wein und Obstmost zum Ausschank bringen, es werde angenommen werden können, daß sein Kundenkreis annähernd derselbe bleibe, wenn er künftig seinen Betrieb in dem neuen Lokal ausübe; endlich wird bemerkt: „Das Stadtpolizeiamt wolle sich in der Sache äußern; vorausgesetzt wird nach wie vor, daß die Wirtschaft Forststraße Nr. 33 endgültig eingeht und auch nicht etwa wieder in einem an Stelle des alten Hauses

tretenden neuen Gebäude wieder ersteht". Vom Stadtpolizeiamt wurde berichtet, daß der Kundenkreis im neuen Lokal so ziemlich derselbe bleiben werde, wie im alten, daß aber der Käufer des Hauses 33 Forststraße, das jedoch noch nicht auf ihn eingeschrieben sei, an Stelle des alten ein neues Haus erstellen wolle und darauf eine Wirtschaft mit Bäckerei zu betreiben gedenke. Nunmehr wurde am 4. Oktober 1898 von der Stadtdirektion „auf Grund der Akten 47—66" beschlossen, dem F. „die nachgesuchte Erlaubnis zu erteilen, den Ausschank von Wein und Obstmost, zu welchem u. a. derselbe für die Betriebsstätte Nr. 33 der Forststraße ermächtigt wurde, künftig in den Lokalen im Erdgeschoß des Hauses Nr. 59 der Johannesstraße auszuüben unter der Bedingung der vollständigen Beseitigung der Lokalmängel". Dies wurde dem mit der Empfangnahme der Genehmigungsurkunde beauftragten Schwiegersohn des F. am 5. Oktober eröffnet, und am 6. Oktober 1898 erging ein Erlaß der Stadtdirektion an das Stadtpolizeiamt zur Eröffnung an den Käufer des Hauses Forststraße Nr. 33, daß er keinerlei Aussicht habe, die Konzession zum Schankwirtschaftsbetrieb in diesem Hause zu erlangen, nachdem das Verlegungsgesuch des F. in der Annahme genehmigt worden sei, daß die Verhältnisse in der Johannesstraße nicht wesentlich anders liegen, als in der Forststraße ꝛc. Der Beschwerdeführer hat seine Wirtschaft in der Forststraße am 9. Oktober 1898 eingestellt.

In einer Eingabe vom 4. Mai 1901 hat sodann der Beschwerdeführer neben seiner bereits bestehenden Konzession für die Johannesstraße auch um die Genehmigung zum Betrieb eines Bier- und Spirituosenausschanks daselbst gebeten, dieses Gesuch aber, gegen das sich die begutachtenden Behörden insbesondere wegen mangelnden Bedürfnisses ausgesprochen haben, später zurückgezogen. Nunmehr hat der Beschwerdeführer die von ihm beabsichtigte Wiederaufnahme des Ausschanks von Bier und Branntwein in dem Hause Nr. 33 Forststraße der Stadtdirektion angezeigt und im Laufe des Verfahrens gebeten, zu verfügen, daß dieses Recht noch fort-

bestehe und durch die Wegverlegung einzelner Konzessionsrechte nicht erloschen sei. Die Stadtdirektion hat den Fortbestand des beanspruchten Rechts in dem Bescheid vom 10. Dezember 1901 nicht anerkannt, weil bei der Genehmigung der Verlegung eine solche Teilung der Konzession nicht in Frage gestanden und von Fuchs auch nicht erbeten worden sei, einer ausdrücklichen Konstatierung, daß die Konzession ihrem ganzen Inhalt nach wegverlegt werde, habe es selbstverständlich nicht bedurft. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von der K. Regierung des Neckarkreises und die weitere Beschwerde von dem K. Ministerium des Innern durch Erlaß vom 24. April 1902 als unbegründet abgewiesen, weil die Beschränkung des Schankwirtschaftsrechts auf Wein und Obstmost die Bedingung gewesen sei, unter welcher nach der von dem Beschwerdeführer, dem Gemeinderat und der Stadtdirektion angenommenen Voraussetzung die Verlegung allein zu erlangen war, und weil nach der Verlegung des Schankwirtschaftsrechts als solchem, als eines einheitlichen Rechts, bei dem die Bestimmung der einzelnen Getränkearten nur eine seiner Inhaltsbestimmungen bilde, trotz seiner beschränkteren Inhaltsbestimmung von dem Fortbestand weiterer Ausschanksbefugnisse keine Rede sein könne. Die gegen die Entscheidung des K. Ministeriums erhobene Rechtsbeschwerde ist von dem Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen worden.

Gründe:

Die Rechtsbeschwerde, gegen deren Statthaftigkeit der Verwaltungsgerichtshof im vorliegenden Fall kein Bedenken hat, konnte einen Erfolg nicht haben. Die Frage, ob die von dem Beschwerdeführer in Anspruch genommene Befugnis zum Ausschank von Bier und Spirituosen auf dem Haus Nr. 33 der Forststraße — ungeachtet der Verlegung der Ausschanksbefugnis von Wein und Obstmost nach der Johannesstraße Nr. 59 — erhalten und der Beschwerdeführer demgemäß berechtigt geblieben ist, diesen Wirtschaftsbetrieb wieder aufzunehmen oder nicht, hängt davon ab, was der Be-

schwerdeführer mit seinem in der Eingabe vom 29. August 1898 bei der Stadtdirektion gestellten Gesuch um Verlegung des Schankwirtschaftsrechts — unter der Beschränkung auf den Ausschank von Wein und Obstmost — beabsichtigt hat, und sodann davon, was die Stadtdirektion in dem auf dieses Gesuch erteilten Bescheid vom 4. Oktober 1898 genehmigen wollte und genehmigt hat. Nun steht fest, daß das Stadtpolizeiamt und der Gemeinderat in ihren Aeußerungen vom 27. April, 6. Juli und 8. September 1898 und die Stadtdirektion in ihrem Erlaß vom 21. September 1898 übereinstimmend die Ansicht ausgesprochen haben, daß das endgültige Eingehen der Wirtschaft in der Forststraße die Voraussetzung für die nachgesuchte Genehmigung der Verlegung des beschränkteren Wirtschaftsrechts in die Johannesstraße zu bilden habe, wie dies auch in dem nachgefolgten Genehmigungsbeschluß selbst, wenn auch nicht in ausdrücklichen Worten, durch Bezugnahme auf die betreffenden Akten Ausdruck gefunden hat. Der Beschwerdeführer konnte bei der Einreichung seines Verlegungsgesuchs darüber nicht im Zweifel sein, daß eine Genehmigung desselben ohne Aufgabe der bisherigen Wirtschaft nicht zu erlangen war. Denn wenn seine Absicht, wie er in der Begründung der Rechtsbeschwerde geltend macht, dahin gegangen wäre, nur den auf Wein und Obstmost bezüglichen Teil seiner Wirtschaftskonzession zu verlegen und im übrigen die Ausschanksbefugnis für Bier und Spirituosen in der Forststraße beizubehalten, so hätte es sich überhaupt nicht mehr *um die bloße Verlegung der Wirtschaft in ein anderes Lokal* mit selbstgewollter Beschränkung auf gewisse Getränkearten, sondern *um die Gründung einer zweiten Wirtschaft* desselben Wirts gehandelt unter Verteilung der Getränkearten auf das neue und das alte Lokal. Hiezu hätte es trotz der gedachten Selbstbeschränkung einer neuen selbständigen Konzession bedurft. Da nun den mehrfachen vorausgegangenen Gesuchen um Verlegung des *unbeschränkten* Wirtschaftsrechts, die nur einen *Wechsel des Lokals* zur Folge

gehabt hätten, die Genehmigung versagt worden ist, so mußte sich der Beschwerdeführer sagen, daß nur einem solchen Verlegungsgesuch stattgegeben werden würde, das ein beschränkteres Schankwirtschaftsrecht zum Gegenstand und eine Vermehrung der Zahl der Wirtschaften nicht zur Folge hat. Dessen war sich der Beschwerdeführer bei der Stellung seines Gesuchs bewußt und mit jener Voraussetzung der Behörden, von der er bei seinem Verkehr mit den Behörden und zufolge von Akteneinsicht nicht ohne Kenntnis bleiben konnte, war er umsomehr einverstanden, als er nach der Veräußerung seines Hauses in der Forststraße an dem Fortbetrieb der Wirtschaft daselbst kein Interesse mehr hatte, wogegen ihm an der Erlangung der Verlegung der Wirtschaft in sein neu erworbenes Haus in der Johannesstraße alles gelegen sein mußte. Sein Einverständnis mit der gedachten Voraussetzung wird aber noch durch sein späteres Verhalten, durch die Einstellung des Wirtschaftsbetriebs sofort nach der Genehmigung, sowie durch den Versuch dargetan, die Befugnis zum Ausschank von Bier und Spirituosen auch für das neue Lokal zu erlangen. Allen diesen Tatsachen gegenüber kann der in der Rechtsbeschwerde angeführten Behauptung, daß der Beschwerdeführer seinem Hauskäufer gegenüber erklärt habe, daß er sich seine Konzession auf Gebäude Nr. 33 der Forststraße vorbehalte, kein Gewicht beigelegt werden und ist der dafür angebotene Beweis mit dem Zeugen D. hier nicht einzuziehen. Eine Folge des gedachten Einverständnisses aber ist, daß der Beschwerdeführer die von ihm als fortbestehend in Anspruch genommenen Ausschanksbefugnisse in dem Haus Nr. 33 der Forststraße, das augenscheinlich infolge von Zerwürfnissen mit dem Hauskäufer in den Händen des Beschwerdeführers geblieben oder in seine Hände zurückgelangt ist, nicht mehr ausüben darf. Und diese Folge tritt ein, auch wenn man mit dem Beschwerdeführer diese Ausschanksbefugnisse als von einander unabhängige selbständige Rechte, wie sie hinsichtlich der Besportelung behandelt werden, und nicht vielmehr als Aus-

flüsse des im Sinne der Gewerbeordnung einheitlichen Begriffs des Schankwirtschaftsrechts, das die Befugnis zum Ausschank mehrerer Arten von Getränken in sich schließt, ansehen wollte und könnte.

Urteil vom 28. Januar 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des J. F.

8.

Zu Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 und zu § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes (Klage).

Durch einen dem Kläger K. S. am 3. Mai 1902 zugestellten Bescheid des Gemeinderats Ulm als Aufsichtsbehörde im Sinne des § 58 Abs. 1 K.V.G. in der Streitsache der gemeinsamen Ortskrankenkasse Ulm gegen den Kläger ist letzterer für verpflichtet erklärt worden, „den Aufwand zu ersetzen, den die gemeinsame Ortskrankenkasse auf den" bei ihm „in Arbeit gewesenen, von ihm verspätet angemeldeten Bauaufseher L. B. in Ulm vom Tag seiner Erkrankung bis zu seiner Wiedergenesung zu machen hat".

Am 24. Mai 1902 kam bei der K. Regierung des Donaukreises eine vom Kläger unterzeichnete Eingabe folgenden Wortlauts ein: „Hoher Stelle berichte ich hiemit ganz ergebenst, daß ich gegen den Beschluß des Gemeinderats Ulm vom 24. April 1902 betreffend Streitsache der gemeinsamen Ortskrankenkasse gegen mich wegen Vergütung von Krankenverpflegungskosten für den Bauaufseher L. B. hier Beschwerde erhebe und in dieser Sache Entscheidung der K. Kreisregierung erbitte. Begründung der Beschwerde sowie näherer Bericht folgt in einigen Tagen." Diese Eingabe ging „zunächst" — mit einem Termin von vier Wochen — „zu den Akten". Gleichfalls mit einer Eingabe vom 24. Mai zeigte S. dem Gemeinderat an, daß er gegen den Bescheid „Beschwerde" an die Kreisregierung erheben werde; als am 6. Juni der Gemeinderat ihn um Auskunft darüber ersuchte, ob von seiner

Seite nun Klage bei der Kreisregierung als Verwaltungsgericht eingereicht worden ſei, erwiderte am 13. Juni S.: „die von mir an die K. Kreisregierung in Sachen des B. gerichtete Beſchwerde geht dahin, mir von derſelben als der oberen Verwaltungsbehörde eine Entſcheidung in obiger Sache zu erbitten."

Am 26. Juni 1902 reichte Kläger bei der Kreisregierung eine „Begründung" ſeiner „Beſchwerde in Sachen B." ein, worin er die Streitſache in Uebereinſtimmung mit dem Beſcheid des Gemeinderats Ulm bezeichnete und den Sachverhalt darlegte, ohne übrigens einen beſtimmten Antrag zu ſtellen. Die Eingabe ſchließt: „Ich bitte die Beurteilung des Falls auf dieſen Geſichtspunkt gründen zu wollen".

Am 11. Juli 1902 erließ die Kreisregierung „gemäß Art. 27 des Geſetzes über die Verwaltungsrechtspflege" einen — dem Kläger am 13. Juli zugeſtellten — „Beſcheid" dahin: „die Klage wird als rechtlich unzuläſſig zurückgewieſen." In den Gründen iſt ausgeführt: Dem Schriftſatz vom 24. Mai fehlen die notwendigen Merkmale einer Klage, wie ſie Art. 24 Abſ. 2 des Verwaltungsrechtspflegegeſetzes aufſtelle; der Schriftſatz vom 26. Juni hätte zwar als Klage behandelt werden können, zur Zeit ſeiner Einreichung ſei aber der gemeinderätliche Beſcheid längſt in Rechtskraft erwachſen geweſen.

Nachdem Kläger in einer am 21. Juli 1902 bei der Kreisregierung eingekommenen Eingabe um Anberaumung einer mündlichen Verhandlung gebeten hatte, wurde das weitere Verfahren gemäß Art. 28 ff. des Verwaltungsrechtspflegegeſetzes in die Wege geleitet; zur Stellung eines Antrags aufgefordert, beantragte Kläger in einer Eingabe vom 8./11. Auguſt eine Entſcheidung dahin ergehen zu laſſen, daß B. von der gemeinſamen Ortskrankenkaſſe, da er nicht von ihm als Aufſeher angeſtellt geweſen, zur Bezahlung der entſtandenen Krankenverpflegungskoſten heranzuziehen ſei; in der mündlichen Verhandlung vom 3. November 1902 endlich ſtellte Kläger den Antrag: zu erkennen, daß er nicht verpflichtet

sei, der Beklagten den ihr durch die Krankenunterstützung des Aufsehers B. erwachsenen Aufwand zu ersetzen.

Von der Kreisregierung wurde durch Urteil vom 3. November 1902 die Klage, weil verspätet, als unstatthaft abgewiesen. Die von dem Kläger erhobene Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Unter den vorhandenen Umständen läßt sich nicht annehmen, daß der Kläger, indem er die Eingabe vom 24. Mai an die Kreisregierung richtete, verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Beklagte rechtzeitig erhoben hat. Zwar wäre der Umstand, daß Kläger in dieser Eingabe den Ausdruck „Beschwerde" gebraucht hat, für sich allein unerheblich. Allein als am 6. Juni der Gemeinderat den Kläger um Auskunft darüber ersuchte, ob von seiner Seite Klage bei der Kreisregierung als Verwaltungsgericht eingereicht worden sei, hat Kläger am 13. Juni erwidert, die von ihm an die Kreisregierung gerichtete Beschwerde gehe dahin, von ihr als der oberen Verwaltungsbehörde eine Entscheidung zu erbitten. Hiedurch wird es fraglich, ob nicht der Kläger mit der Eingabe vom 24. Mai in der Tat eine Verwaltungsbeschwerde (mit Ueberspringung des Oberamts) an die Kreisregierung zu bringen beabsichtigt hat. Für diese Absicht spricht auch der Umstand, daß in der Eingabe kein Antrag gegenüber der Beklagten gestellt ist, ein Mangel, der sich in dem Schriftsatz vom 26. Juni, worin der Kläger die Beschwerde begründet hat, fortsetzt, weshalb denn auch die Kreisregierung, als Kläger gegenüber ihrem Bescheid den Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt hatte, noch den Kläger zur Erklärung aufforderte, was er denn dem Beklagten gegenüber bezwecke, worauf Kläger die Erlassung einer Entscheidung dahin beantragte, daß B. von der gemeinsamen Ortskrankenkasse zur Bezahlung der entstandenen Krankenverpflegungskosten heranzuziehen sei.

Jedenfalls aber ist in der Eingabe vom 24. Mai nicht zum klaren Ausdruck gelangt, daß Kläger mit ihr eine Klage

im Sinne des § 58 K.V.G. zu erheben beabsichtige. Wenn nun auch an die Klageerhebung hinsichtlich der Erfüllung der Vorschriften des Art. 24 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 keine strengen Anforderungen zu stellen sind (sofern der Mangel der Einleitung der Verhandlung nicht im Weg steht), so muß doch soviel unter allen Umständen aus dem betreffenden Schriftstück mit voller Sicherheit sich entnehmen lassen, daß es eine verwaltungsgerichtliche Klage darstellen soll. Das trifft aber bei der Eingabe vom 24. Mai nicht zu, insbesondere deshalb, weil in dieser als „Beschwerde" bezeichneten Eingabe ein Antrag überhaupt nicht enthalten war.

Mit Recht hat daher die Kreisregierung angenommen, diese Eingabe könne nicht als eine (zur Wahrung der vierwöchigen Frist des Art. 58 K.V.G. geeignete) Klage angesehen werden.

Urteil vom $\frac{\text{28. Januar}}{\text{4. Februar}}$ 1903 in der V.S. Silberhorn gegen gemeinsame Ortskrankenkasse Ulm.

9.

Zu § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes.

(Die Klageerhebung ist auch dann zulässig, wenn die Aufsichtsbehörde die sachliche Vorentscheidung abgelehnt hat. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Erweiterung des Klagantrags in der Berufungsinstanz und über die Anschließung an die Berufung auf die Erhebung einer Widerklage.)

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der Gemeinderat U. hat in seiner Vorentscheidung vom 8. Juli 1902 ausgesprochen, dem Antragsteller M. werde ein Anspruch auf Reichung der Krankenunterstützung d. h. des 2 Mk. für den Tag betragenden Krankengelds für die Zeit vom 8. bis 20. Juni je einschließlich zuerkannt, mit einem darüber hinausgehenden Anspruch werde M. abgewiesen.

Nachdem die Kasse rechtzeitig Klage auf Feststellung erhoben hatte, daß sie nicht verpflichtet sei, dem Beklagten über den 7. Juni hinaus d. h. vom 8. bis 20. Juni Krankengeld zu gewähren, hat Beklagter mit dem Antrag, nicht nur die Klage als unbegründet abzuweisen, sondern auch die Kasse zu verurteilen, ihm bis zum Ende seiner Krankheit (23. Juli) das Krankengeld zu bezahlen, Widerklage erhoben. Diese Widerklage ist von der K. Kreisregierung von Amts wegen aus dem Grunde abgewiesen worden, daß der Verwaltungsrechtsweg zur Zeit um deswillen nicht statthaft sei, weil die Vorentscheidung der Aufsichtsbehörde über den Gegenstand der Widerklage noch nicht ergangen sei. Die K. Kreisregierung gibt hiemit dem § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes eine Auslegung, die zu unzweckmäßiger Häufung der Prozesse führt und der der Verwaltungsgerichtshof nicht beizutreten vermag.

Bei der Anrufung des Gemeinderats hatte der Antragsteller den Betrag seiner Forderung nicht bezeichnet. Der Gemeinderat ist in seinem Bescheid davon ausgegangen, daß der Antragsteller die Verurteilung der Kasse zur Bezahlung des Krankengelds bis zum Ende seiner Krankheit verlange, hat aber als ungewiß angenommen, ob der Antragsteller wirklich geltend mache, daß seine Krankheit über den 20. Juni hinaus fortgedauert habe. Allein für den Fall, daß der Antragsteller diese Behauptung aufstelle, hat der Gemeinderat ihn mit dem über den 20. Juni hinausgehenden Betrag abgewiesen, zwar nicht indem er insoweit den Anspruch für unbegründet erklärte, aber doch in der Weise, daß er ihn auf eine anderweitige Geltendmachung desselben verwies.

Der Verwaltungsgerichtshof trägt kein Bedenken, den § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes dahin auszulegen, daß die Klagerhebung nicht nur dann stattfindet, wenn eine Vorentscheidung in der Sache ergangen ist, sondern auch dann zulässig ist, wenn die Aufsichtsbehörde die sachliche Vorentscheidung aus irgend welchem Grunde abgelehnt hat[1]). Der

1) Vgl. Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung 4. Aufl. I S. 526 Note 58.

Antragsteller M. wäre daher prozeßrechtlich nicht gehindert gewesen, seinerseits infolge des teilweise eine solche Ablehnung enthaltenden Bescheids fristzeitig Klage gegen die Kasse zu erheben und hiebei ebenso, wie er es im Wege der Anstellung der Widerklage getan hat, seinen Anspruch mit der Behauptung, daß seine Krankheit bis zum 23. Juli fortgedauert habe, zu erweitern. Es unterliegt keinem Bedenken, die Bestimmungen der Civilprozeßordnung §§ 268 Nr. 2 und 529 Abs. 2 über die Erweiterung des Klagantrags in der Berufungsinstanz zu entsprechender Anwendung zu bringen [1]). Der Verwaltungsgerichtshof nimmt aber auch keinen Anstand, die Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 Art. 50 und der Civilprozeßordnung § 521 über die Anschließung an die Berufung soweit tunlich für entsprechend anwendbar zu erklären. Hienach war, nachdem die Kasse ihrerseits fristzeitig wegen des ihr ungünstigen Teils der Vorentscheidung die Klage erhoben hatte, womit die ganze Vorentscheidung ihre Wirksamkeit verloren hatte, dem Beklagten prozeßrechtlich nicht verwehrt, im Wege der Widerklage auf seinem Anspruch unter Erweiterung des Betrags bis zum 23. Juli zu beharren [2]).

Demgemäß ist die unterrichterliche Entscheidung, soweit sie die Widerklage wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abgewiesen hat, aufzuheben und in der Sache zu erkennen.

Urteil vom 1./8. Juli 1903 in der B.S. Mayer gegen Ortskrankenkasse Ulm.

10.

Zu Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (Eröffnung der Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörde).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

1) Vgl. auch Arbeiterversorgung XII S. 205 u. XIV S. 608.

2) Vgl. auch in Betreff der Anschließung an die Berufung Jahrb. der Württemb. Rechtspflege IX S. 219.

Gründen:

Mit dem an die K. Kreisregierung ergangenen Erlasse vom 10. Oktober 1902 hat das K. Ministerium des Innern die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, welche gegen die von dem K. Oberamt B. mit Zustimmung des Amtsversammlungsausschusses unter dem 7. August 1899 erlassene und von der Kreisregierung am 16. August 1899 für vollziehbar erklärte bezirkspolizeiliche Vorschrift, betreffend ... für die Stadtgemeinde Sch. der Rechtsanwalt Dr. Sch. eingelegt hatte. In dem Ministerialerlasse ist angeordnet worden, daß von der Entscheidung der Beschwerdeführerin und deren Bevollmächtigten Eröffnung zu machen sei. Von der Kreisregierung mit der Besorgung des weiteren beauftragt hat das Oberamt B. den Ministerialerlaß am 24. Oktober 1902 dem Gemeinderat Sch. und am 2. Januar 1903 auch dem Rechtsanwalt Dr. Sch. eröffnet, und zwar nachdem dieser mit seiner Eingabe vom 27./29. Dezember 1902 unter der Anführung, daß er mit der Erhebung der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof beauftragt sei, die Zustellung an seine Person zu dem Zwecke, daß die einmonatliche Frist in den Lauf kommen könne, verlangt hatte.

In dem bei dem Verwaltungsgerichtshof am 12. Februar eingekommenen Schriftsatze hat sodann Rechtsanwalt Dr. Sch. die Rechtsbeschwerde gegen die Ministerialentscheidung erhoben. Er hat jedoch seine Bevollmächtigung zur Einlegung des Rechtsmittels nicht nachgewiesen. Bei den oberamtlichen Akten befindet sich abschriftlich der Auszug aus dem Gemeinderatsprotokoll vom 5. Oktober 1899, laut dessen ihm von dem Gemeinderat der Auftrag erteilt worden ist, in dieser Sache bei dem Oberamt in B. vorstellig zu werden; unter Vorlegung dieses Protokollauszugs hat er mit seiner Eingabe vom 13./15. Oktober 1899 an das Oberamt die Vorstellung gerichtet, der gegenüber das Oberamt mit seinem Beschlusse vom 3. Juli 1900 die bezirkspolizeiliche Vorschrift in ihrem ganzen Umfange aufrecht erhalten hat. Jener gemeinderätliche Protokollauszug vom 5. Oktober 1899 ist als eine Voll-

macht zur Erhebung der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht anzuerkennen.

Nach § 89 der Civilprozeßordnung und Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege könnte dem Rechtsanwalt Dr. Sch. zur Beibringung der Genehmigung des Gemeinderats eine Frist bestimmt werden; zur Wahrung der Notfrist für die Erhebung der Rechtsbeschwerde war der Nachweis der Vollmacht innerhalb der Notfrist nicht unbedingt erforderlich [1]). Nach Lage der Sache sieht jedoch der Verwaltungsgerichtshof davon ab, von der Befugnis der einstweiligen Zulassung des Rechtsanwalts Dr. Sch. als Bevollmächtigten Gebrauch zu machen, da, wenn auch die Genehmigung des Gemeinderats beigebracht werden wird, doch das Rechtsmittel wegen Versäumung der einmonatlichen Notfrist zu verwerfen ist.

Die Civilprozeßordnung § 176 bestimmt, daß Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen müssen. Nach Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ist diese Vorschrift entsprechend auch von den Verwaltungsgerichten anzuwenden; sie ist aber nicht dafür maßgebend, wie die in Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 vorausgesetzten Eröffnungen der Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden mit der Wirkung, daß die Notfrist zur Erhebung der Rechtsbeschwerde in den Lauf gesetzt wird, zu erfolgen haben, und wiewohl die Umgehung des Bevollmächtigten nicht zu billigen ist, besteht doch für das Verwaltungsverfahren der vorliegenden Art kein Rechtssatz, wonach der Eröffnung an die beschwerdeführende Partei selbst, bezw. ihre gesetzliche Vertretung die Wirkung des Beginns der Notfrist versagt wäre. In nicht seltenen Fällen wird ein öffentliches Interesse daran vorliegen, daß die Eröffnung einer Behörde unmittelbar gemacht und ihre Eröffnungsbescheini-

1) Jahrb. der Württ. Rechtspflege IX S. 221.

gung zu den Akten gebracht wird; nach Art. 63 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 steht auch die Erhebung der Rechtsbeschwerde dem Vollzug der angefochtenen Verfügung nicht im Wege. Dem Umstande aber, daß im vorliegenden Falle das K. Ministerium die Eröffnung an die Beschwerdeführerin und an deren Bevollmächtigten angeordnet hat, ist eine besondere Bedeutung jedenfalls darum nicht beizulegen, weil in Wirklichkeit der Rechtsanwalt Dr. Sch. vermöge jenes Protokollauszugs vom 5. Oktober 1899 nicht Bevollmächtigter der Stadtgemeinde Sch. in der Ministerialinstanz war, die Stadtgemeinde in der Entgegennahme der Eröffnung nicht zu vertreten hatte. Die Stadtgemeinde Sch. war durch die an den Gemeinderat geschehene Eröffnung der Ministerialentscheidung in den Stand gesetzt, die Rechtsbeschwerde gegen dieselbe zu erheben; nicht aber war der Beginn des Laufs der Notfrist zur Erhebung des Rechtsmittels davon abhängig, daß noch die Eröffnung der Entscheidung an den Rechtsanwalt Dr. Sch. vollzogen wurde. Hienach wird die Rechtsbeschwerde als unstatthaft verworfen.

Beschluß vom 25. Februar 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des Rechtsanwalts Dr. Sch. für die Stadtgemeinde Sch.

III.

Abhandlungen.

Ueber die Zulässigkeit der Anfechtung gemäß § 119 B.G.B. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der in § 481 B.G.B. erwähnten Arten. Zum Begriff der „wesentlichen Eigenschaft".

Von Amtsrichter Breucha, Hilfsrichter beim Landgericht Stuttgart.

Die Frage, ob und inwieweit im vorausgesetzten Falle der Käufer neben oder an Stelle der ädilitischen Wandlungsklage auch das Recht hat, den Kaufvertrag wegen Irrtums über eine „wesentliche Eigenschaft" nach § 119 anzufechten, hat in der Literatur eine verschiedene Beantwortung erfahren.

In einem in Nr. 6 des Jahrgangs 1902 der Deutschen Juristenzeitung erschienenen Aufsatz vertritt Rechtsanwalt G. Baum, Berlin, die Ansicht, daß der Käufer das Anfechtungsrecht habe sowohl beim Vorliegen eines Hauptmangels als auch beim Vorhandensein anderer wichtiger Fehler, daß insbesondere im Schlachtviehhandel die zahlreichen Krankheiten, welche, obwohl sie als gesetzliche Hauptmängel nicht anerkannt sind, trotzdem regelmäßig dazu führen, daß das Fleisch durch die Fleischbeschau als zum menschlichen Genuß untauglich oder als minderwertig verworfen wird, als verkehrswesentliche Eigenschaften im Sinn des § 119 anzusehen seien, deren Unkenntnis den Käufer zur Anfechtung berechtige.

Auch R. Leonhard[1]), welcher als verkehrswesentlich jede

1) Der allg. Teil des B.G.B. S. 493.

Eigenschaft ansieht, die für den Geschäftszweck wichtig ist, vorausgesetzt, daß diese Wichtigkeit im einzelnen Falle erkennbar hervortritt, erachtet es [1]) allgemein, ohne für das Gebiet des Viehkaufs eine Einschränkung zu machen, für einen „Hauptvorzug" des B.G.B., daß es dem „Käufer „einer schlechten Sache im Irrtumsfalle die Wahl zwischen „verschiedenen Rechtshilfen gibt, zu denen auch das Anfechtungsrecht des § 119 gehört."

Im Gegensatz hiezu lehrt Hans Stölzle in einer in der Jur. Wochenschrift Jahrg. 1901 S. 737 folg. veröffentlichten Abhandlung, daß weder Hauptmängel, noch andere Fehler zur Anfechtung berechtigen. Seine Begründung geht dahin:

„Beim Viehhandel gehe das B.G.B. von der Ansicht „aus, daß nur Hauptmängel den Wert oder die Tauglichkeit der Tiere zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder „mindern, es könne also nur ein Irrtum über Hauptmängel „als ein wesentlicher im Sinne des § 119 Abs. 2 betrachtet „werden, sofern man überhaupt das Vorhandensein eines „Hauptmangels als eine „Eigenschaft" betrachten" könne. Ein Irrtum über andere als Hauptmängel sei daher nicht als ein wesentlicher anzusehen.

Was aber die Hauptmängel anbelange, so habe das B.G.B. in den §§ 481 ff. Spezialbestimmungen geschaffen, welche Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen enthalten und an welche sich der Käufer halten müsse, da durch Zulassung des Anfechtungsrechts jene Ausnahmsbestimmungen umgangen würden [2]).

---

1) S. 496 Anm. 2.

2) Hirsch „Die Gewährleistung beim Viehhandel" tritt in eine Erörterung der vorangestellten Frage nicht ein. Er scheint übrigens ebenfalls auf dem Standpunkt von Stölzle zu stehen, wenn er beiläufig in § 1 S. 12 bemerkt:

„Auch für das im B.G.B. für den Viehhandel zu Grunde gelegte „deutschrechtliche System ist die Frage des Irrtums ohne Einfluß „auf die Beurteilung"

und in § 2 S. 16 ausführt:

„Es ist auch nicht etwa zulässig, derartige Mängel (gemeint sind

Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden.

Augenscheinlich unbegründet ist zunächst Stölzles Bedenken, ob überhaupt das Vorhandensein eines Mangels als eine „Eigenschaft" betrachtet werden könne. Warum sollte denn beispielsweise die Gesundheit eines Pferdes nicht gerade so gut eine Eigenschaft desselben sein, wie seine Farbe, sein Alter, sein Geschlecht?

Den Ausgangspunkt seiner Schlußfolgerung bildet nach dem Ausgeführten offenbar der Satz, daß wesentliche Eigenschaften i. S. des § 119 solche Mängel seien, „welche den „Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen „Gebrauche aufheben oder mindern." Zu dieser Begriffsbestimmung wird weiter unten Stellung zu nehmen sein.

Unhaltbar ist der Satz, mit welchem Stölzle die Nichtanwendbarkeit der Anfechtung bei Irrtum über Fehler, welche nicht zu den Hauptmängeln gehören, rechtfertigt: Das B.G.B. hat keine Rechtsnorm des Inhalts, daß beim Viehhandel, „nur Hauptmängel den Wert oder die Tauglichkeit des Tieres „zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern", und daß an andere Mängel auch abgesehen von dem Recht der Gewährleistung irgendwelche Rechtsfolgen sich nicht knüpfen sollen. Es sagt von solchen, nur — siehe § 482 — daß der Verkäufer sie nicht zu vertreten habe, d. h. nach dem Gewährleistungsrecht. Man kann die Stölzle'schen Thesen passieren lassen, als eine — allerdings wenig glückliche — Umschreibung der ebenerwähnten Norm des § 482, aber man darf sie nicht verwenden als Glied einer Schlußfolgerung, in der die Norm selbst keinen Platz hätte.

Unrichtig ist endlich die Begründung, mit welcher Stölzle

„Fehler, die nicht unter die Hauptmängel aufgenommen sind) auf „anderem Wege, z. B. mit einer Klage wegen mangelnder Voraus„setzung **oder wegen Irrtums** u. dgl. als Grund der Ver„tragsauflösung geltend zu machen. — Auf Grund der Materialien „zum B.G.B. kann kein Zweifel obwalten, daß für das neue Recht „— die Hauptmängelliste die doppelte Bedeutung habe, daß für „jeden Hauptmangel, aber für nichts als für Hauptmängel gehaftet „werden muß."

den Ausschluß der Anfechtung bei Irrtum über Hauptmängel, die er an sich als wesentliche Eigenschaften ansieht, rechtfertigt: Allerdings sind die §§ 481 ff. Spezialgesetze, welche ein Ausnahmsrecht statuieren, aber nur im Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen über die Gewährleistung in den §§ 459 ff. Daß sie oder die Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf überhaupt das Anwendungsgebiet des § 119 beschränken, diesem gegenüber ein Ausnahmsrecht darstellen, kann nicht zugegeben werden.

Die Vorschriften des allgemeinen Teils des B.G.B. haben für die sämtlichen übrigen 4 Bücher desselben Geltung, so weit sie nicht für ein besonderes Gebiet ausdrücklich ausgeschlossen sind. Ein solcher Ausschluß der Anwendbarkeit des § 119, wie er z. B. für das Gebiet des Eherechts in § 1330 ff. statuiert ist, ist für den Fall, daß eine gekaufte Sache, oder für den spezielleren Fall, daß ein gekauftes Haustier mit einem Mangel behaftet ist, an keiner Stelle des B.G.B. ausgesprochen, oder auch nur angedeutet. Wenn in § 460 gesagt ist „der Verkäufer hat einen Mangel nicht zu vertreten, wenn der Käufer denselben beim Abschluß des „Vertrags kennt" wenn ferner § 482 ausspricht, daß „der „Verkäufer nur bestimmte Fehler und diese nur" unter gewissen Voraussetzungen, „zu vertreten" habe, wenn endlich § 485 bestimmt, daß „der Käufer die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte verliert", sofern er sie nicht innerhalb einer gewissen Frist geltendmacht, so bezieht sich all dies nur auf die in dem betreffenden Abschnitt statuierte Haftung, besagt also nur soviel, daß der Verkäufer als solcher, mit den Gewährleistungsklagen unter gewissen Voraussetzungen wegen Mangelhaftigkeit des Kaufobjektes nicht oder nichtmehr in Anspruch genommen werden könne, schließt aber eine aus einem andern Gesichtspunkt begründete Haftung nicht aus. Die Gewährleistungsklagen einerseits und die Anfechtung andererseits haben ein total verschiedenes Fundament: Jene setzen einen rechtsgültigen Kauf voraus, diese erfordert ein von Haus aus mit dem Keim der Nichtigkeit behaftetes Rechts-

geschäft, ist das Mittel, um die zunächst nur bedingte Ungültigkeit desselben zu einer unbedingten zu machen.

So bietet also die Fassung des Gesetzes nicht den mindesten Anhaltspunkt für die Ansicht Stölzles, daß die § 481 folg. dem § 119 gegenüber ein Spezialrecht darstellen. Er scheint sie auch selbst ausschließlich auf die ratio legis zu gründen, wenn er sagt, die strikten Vorschriften der § 481 ff. würden bei Zulassung der Anfechtung umgangen werden.

Letztere Behauptung ist allerdings richtig, es ist zuzugeben, daß im Viehhandel die Zulassung der Anfechtung beim Vorhandensein von Fehlern, „welche den Wert oder die Taug„lichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder min„dern" eine völlige Vereitelung der von dem B.G.B. in den §§ 481 ff. angestrebten Zwecke bedeuten würde, ja es ist selbst nicht zu verkennen, daß auch für das allgemeine Gewährleistungsrecht aus der Konkurrenz der Anfechtung mit den ädilitischen Rechtsbehelfen sich unter Umständen Disharmonieen ergeben. Dies mögen folgende Erwägungen näher illustrieren:

a) Nach dem bereits erwähnten § 460 soll der Verkäufer nicht haften, wenn dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Zur Anfechtung ist jedoch der Irrende berechtigt, auch wenn sein Irrtum noch so sehr durch eigene Fahrlässigkeit verursacht wurde; hier ist die Frage der Entschuldbarkeit des Irrtums völlig belanglos.

b) Die ädilitischen Klagen unterliegen vom Fall der Arglist abgesehen einer kurzen (6monatlichen bezw. 1jährigen) Verjährung; im Viehhandel knüpft sich der Rechtsverlust an die Versäumung noch kürzer bemessener Fristen. Die Motive Bd. II S. 257 bezw. 253 sagen zur Begründung dieser Bestimmungen: daß „für den Verkehr die Zulassung des Zu„rückgreifens auf Qualitätsmängel nach längerer Zeit im „höchsten Grad lästig und hemmend" sei und hinsichtlich des Viehkaufs, daß „die Rücksicht auf die Sicherheit des Ver„kehrs und den in dessen Interesse zu erzielenden Rechts„frieden es rechtfertigen, den fraglichen Beweis (nämlich der

„Mangelhaftigkeit des Tieres) nach Ablauf der Gewährfrist abzuschneiden". Das Anfechtungsrecht dagegen, muß zwar unverzüglich geltend gemacht werden, nachdem der Berechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, verjährt aber erst in 30 Jahren. Im Weg der Anfechtung könnte also z. B. der Käufer eines dämpfigen Pferdes, einer tuberkulosen Kuh unter Umständen noch nach Monaten den Beweis der Mangelhaftigkeit versuchen.

c) Der Verkäufer von Haustieren soll vom Fall der Garantieleistung abgesehen, nur für einige wenige, speziell genannte Fehler einzustehen haben. Für das Recht der Anfechtung besteht eine solche spezielle Fixierung der als Anfechtungsgründe anerkannten Eigenschaften nicht, die Anschauungen des Verkehrs sollen darüber entscheiden, ob eine Eigenschaft als wesentlich anzusehen ist oder nicht. Es ist klar, daß, wenn man mit Baum, Leonhard, Stölzle u. a., als wesentliche Eigenschaft jeden für die Gebrauchsfähigkeit und den Wert der Sache wichtigen Mangel ansieht, zahlreiche Fehler als Anfechtungsgründe anzuerkennen wären, die unter die Hauptmängel nicht aufgenommen sind.

d) Diese Disharmonieen wären um so bedeutungsvoller, weil abgesehen davon, daß die Anfechtung unverzüglich nach der Aufklärung des Irrtums zu erfolgen hat, die Geltendmachung dieses Rechtsbehelfs gegenüber der Erhebung der Wandelungsklage vielfach nicht wesentlich erschwert wäre:

α) Zwar hat der Anfechtende zu beweisen, daß er über die in Frage stehende Eigenschaft sich im Irrtum befunden habe, während dem die Wandelung begehrenden Käufer ein solcher Beweis nicht obliegt. Allein gewöhnlich wird, sobald das Vorhandensein eines erheblichen Mangels dargetan ist, ohne weiteres auch die Unkenntnis des Käufers darüber klar zu Tage liegen. Sie wird in der Regel aus dem von ihm gezahlten Kaufpreis ohne weiteres folgen.

β) Auch was den Erfolg des Rechtsbehelfs anbetrifft, wäre der anfechtende Käufer vielfach nicht wesentlich ungünstiger daran, als der auf Wandlung klagende. Er braucht,

was die Hauptsache ist, ebenso wie der letztere den noch nicht entrichteten Kaufpreis nicht zu bezahlen und kann den bereits gezahlten zurückfordern. Vor der ihm obliegenden Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses braucht ihm in der Regel nicht sonderlich bange zu sein. Will der Verkäufer dasselbe mit der Behauptung liquidieren, daß er das Tier in der Zwischenzeit an einen anderen Liebhaber zum gleichen Preis losgebracht hätte, so wird ihm in der Regel entgegengehalten werden können, daß dieser Dritte ohne Zweifel auch angefochten hätte. Und mit Recht bemerkt Lenel in der später auszuführenden Abhandlung, es werde, wenn z. B. ein gekauftes Pferd am Rotz krepiert „von einem Scha„den, der dem Verkäufer durch sein Vertrauen auf die Gül„tigkeit des angefochtenen Kaufs erwachsen wäre, in der Regel „keine Rede sein" können. Endlich wird der Wert, der dem Anfechtungsgegner bis zur Rückgabe der Sache entgangenen Nutzungen dem Interesse des Käufers am Rückempfang bezw. dem Behalten des Kaufschillings gegenüber meistens nicht ins Gewicht fallen.

So würde also allerdings, wenn bei vorliegenden Viehmängeln Anfechtung und Wandlung konkurrieren würden, das Gesetz seine eigenen Absichten in der auffallendsten Weise durchkreuzen, würde, was es dem Verkäufer an Rechtsschutz mit der einen Hand gibt, mit der anderen ihm wieder entziehen.

Allein trotz dieser Konsequenzen wäre, wenn das Gesetz solch widerspruchsvolle Normen aufgestellt hätte, ohne in seiner Fassung zum Ausdruck zu bringen, daß die einen die andern beschränken sollen, der Richter nicht befugt, so wie Stölzle tut, *im Wege der Auslegung* einzig und allein auf Grund der Erwägung, daß das Gesetz keinen Unsinn statuiert haben könne, jenes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den fraglichen Normen herzustellen. Wenn, wie Baum meint, der Ausschluß der Anfechtung für das fragliche Gebiet vom Gesetzgeber „offenbar übersehen worden ist", so kann nur im Weg der Gesetzgebung nicht aber durch den Richter im Wege

einer Auslegung die im Gesetz selbst keine Stütze findet, Abhilfe geschaffen werden.

Stölzle müßte also von seiner Definition des Begriffs der „wesentlichen Eigenschaft" aus konsequenterweise ebenso wie Baum und Leonhard zu dem Schluß kommen, daß nicht bloß Hauptmängel, sondern auch sonstige Krankheiten, soweit sie eine gewisse Bedeutung für den Wert und die Brauchbarkeit des gekauften Tieres haben, einen Anfechtungsgrund abgeben.

Soll nun aber wirklich ein so sorgfältig ausgearbeitetes Gesetz wie das B.G.B. eiu so grobes Versehen enthalten? Das scheint doch unmöglich zu sein. Darum drängen jene Konsequenzen dazu, die Richtigkeit des Vordersatzes der Schlußfolgerung, nämlich die Behauptung, daß als wesentliche Eigenschaft, jeder wichtige Mangel, jeder Fehler, welcher den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt oder mindert", zu erachten sei, einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Diese Untersuchung wird zeigen, daß jene Definition unhaltbar, nämlich zu weit ist, daß beim Viehkauf Krankheiten und Untugenden, seien sie Hauptmängel oder nicht, als „wesentliche Eigenschaften" nicht anzusehen sind. Im Weg der richtigen Bestimmung des letzterwähuten Begriffes gelangt man also zu dem praktisch allein brauchbaren Resultat, daß im Viehhandel wegen Krankheiten und Untugenden, eine Anfechtung aus § 119 nicht zulässig ist.

Das B.G.B. selbst gibt keine Definition des erwähnten Begriffs. Auch in den Materialien dazu ist derselbe nicht erläutert. Wohl aber geben dieselben Aufschluß über die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 des § 119. Der I. Entwurf hatte den Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache als bloßen Irrtum in den Beweggründen für unbeachtlich erklärt. Erst in der 2. Lesung wurde die Bestimmung des Abs. 2 aufgenommen. Die Kommission ging nach den Protokollen davon aus, „daß der Standpunkt des Entwurfs — „dem Bedürfnisse des Verkehrs, der Billigkeit und dem Zug „der modernen Rechtsentwicklung nicht gerecht werde. Die

„letztere, wie sie im gemeinen Recht, im preuß. Allg. Land-
„recht (mit einer Modifikation) im code civil, im schweizeri-
„schen Obligationenrecht, in allen neueren Entwürfen sowie
„in der Rechtsprechung des Reichsgerichts sich zeige, weise
„darauf hin, den Irrtum über Eigenschaften dann für be-
„achtlich zu erklären, wenn diese nach den im Verkehr herr-
„schenden Anschauungen als wesenlich anzusehen sind."

Und die Denkschrift (S. 19) sagt, die Berücksichtigung eines Irrtums über solche Eigenschaften der Person oder Sache, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden, entspreche „der neuen Rechtsentwicklung wie diese in der „Gesetzgebung vgl. pr. A.L.R. I 4 § 77. 81. 82 und in der „gemeinrechtlichen Praxis Ausdruck gefunden" habe.

Wenn hienach das B.G.B. in der Anerkennung des Irrtums über wesentliche Eigenschaften als Anfechtungsgründe der modernen Rechtsentwicklung gefolgt ist, so ist es natürlich für die Bestimmung des Begriffs der wesentl. Eigenschaft von größter Bedeutung zu wissen, wie jene Vorbilder des B.G.B. denselben verstanden haben, bezw. in welchem Umfang sie den Irrtum über Eigenschaften als Ungiltigkeitsgrund haben gelten lassen.

Der Vater des Begriffs der wesentlichen Eigenschaft ist Savigny, der ihn in seinem „System" Bd. III. S. 283 als das einigen vielerörterten Pandekten zu Grund liegende Prinzip entwickelt hat[1]). Für das gemeine Recht ist Savigny's Lehre zur überwiegenden Herrschaft gelangt, insbesondere hat sich ihr auch das Reichsgericht (vgl. die Entsch. Bd. 19 S. 261) angeschlossen.

Eng verwandt mit der Savigny'schen Lehre ist der Standpunkt des französischen Rechts, sofern man einer später herrschend gewordenen, auch vom Reichsgericht (vgl. Entsch. Bd. 34

1) Seine Definition lautet: „Der Irrtum über eine Eigenschaft ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte als wozu sie wirklich gehört."

S. 321) acceptierten Auslegung folgend unter wesentlichem Irrtum, erreur qui tombe sur la substance i. S. des Art. 1110 des code civil, welcher nach Art. 1117 das Recht auf richterliche Nichtigkeitserklärung begründet, nicht nur den Irrtum über die stoffliche Zusammensetzung der Sache, sondern auch denjenigen über andere das Wesen der Sache bestimmende Eigenschaften versteht.

Vollständig auf dem Boden der Savigny'schen Lehre steht das Schweizerische Obligationenrecht, dessen Art. 19 Z. 3 einen „wesentlichen Irrtum" der den Vertrag für den irrenden Teil unverbindlich macht, insbesondere dann annimmt, wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, daß dieselbe „je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehr zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Sachen gerechnet wird".

Einen von der Savigny'schen Lehre abweichenden Standpunkt nimmt das vor dem Erscheinen von dessen „System" in Kraft getretene Preußische Allg. Landrecht ein. Dasselbe kennt den Begriff der wesentlichen Eigenschaft noch nicht, sondern bestimmt in den § 77 und 81, daß der Irrtum in „ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder „Sache", ferner „der Irrtum in solchen Eigenschaften der „Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt „werden", die Willenserklärung entkräfte. Der Begriff der „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften" ist natürlich ein weiterer als der der wesentlichen Eigenschaften im Savigny'schen Sinne. Zu den ersteren gehören, wie auch Dernburg Preuß. Privat-Recht § 143 hervorhebt „namentlich" — aber keineswegs allein — „diejenigen Eigenschaften einer Sache, „welche dieselben nach den Anschauungen des Verkehrs derge„stalt kennzeichnen, daß im Fall ihres Mangels die Sache „zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden muß, „als die Parteien voraussetzten".

Diese historische Untersuchung berechtigt zu dem Schluß, daß das B.G.B. den in Rede stehenden Begriff nicht bloß dem Wortlaut, sondern auch dem Sinne nach aus der Sa-

vigny'schen Lehre und der von ihr beeinflußten modernen Rechtsentwicklung herübergenommen hat[1]). Als vorbildlich für das B.G.B. konnten die Materialien zu demselben das Preuß. Allg. Landrecht trotzdem insofern bezeichnen, als dieses nach dem Ausgeführten den Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache in besonders weitgehendem Maße als Ungültigkeitsgrund anerkannte.

Wir meinen also[2]), daß eine Eigenschaft als wesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 dann anzusehen ist, wenn nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen für das in Frage stehende Rechtsgeschäft die Sache zu einer anderen Art von Sachen zu rechnen ist, je nachdem die Eigenschaft vorhanden ist oder fehlt. Darauf, daß es auf das in Frage stehende Rechtsgeschäft ankommt, hat mit Recht Endemann Lehrbch. des Bürgerl. Rechts § 71 S. 21 aufmerksam gemacht.

Was die Stellungnahme der zum B.G.B. erschienenen Literatur anbelangt, so mag auf die Zusammenstellung der Abhandlung von Otto Lenel, in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 1 ff. über den Irrtum „über wesentliche Eigenschaften" verwiesen werden. Ueberwiegend scheinen hienach die Schriftsteller, welche sich zum Begriff „der wesentlichen Eigenschaft" überhaupt aussprechen[3]), der Sache nach auf

1) Vielleicht trifft auch auf unseren Begriff der Satz zu den Oberlandesgerichtsrat R. Schneider, Stettin kürzlich in der deutschen Juristenzeitung 1903 Nr. 10 ausgesprochen hat: „Auch in unseren, „so sorgsam vorbereiteten und so eingehend durchberatenen Gesetzen „finden sich Rechtsbegriffe verwandt, die die Schöpfer und Verfasser „des Gesetzeswortes ohne eigene, volle Klarheit über deren Tragweite, „sozusagen unbewußt und teils in Anlehnung an eine hergebrachte „Ausdrucksweise, teils mit Benutzung des volkstümlichen Sprachge„brauchs wählten. Sie vertrauen dabei, daß man mit dem Bisheri„gen gut gefahren sei, die Rechtssprechung daher sich ferner damit „abfinden werde, daß unsere Sprache auch für den Gesetzgeber „denkt" „und hoffen auf die bloße Empfindung, das Richtige getroffen zu „haben, bauen zu dürfen."

2) In sachl. Uebereinstimmung mit Endemann am angeführten Orte.

3) Auf eine nähere Untersuchung geht außer Lenel keiner ein.

dem Standpunkt der Savigny'schen Lehre zu stehen, wenn sie auch in der Formulierung ihrer Definition variieren und durchweg nicht ausdrücklich die Bedeutung der Eigenschaft für die Artzugehörigkeit der Sache als das entscheidende Merkmal hervorheben.

Lenel selbst verwirft die obige Begriffsbestimmung. Allein es kann seiner Methode, den Sinn unseres Begriffs zu erforschen, nicht gefolgt und dem von ihm gewonnenen Resultat nicht beigepflichtet werden.

Auch er anerkennt, daß angesichts des in den Materialien des B.G.B. gegebenen Fingerzeigs bei Feststellung des Sinnes des Abs. 2 des § 119 auf historische Weise vorzugehen ist. Nachdem er auf Savigny als den Urheber des fraglichen Begriffs hingewiesen und konstatiert hat, daß seine Lehre in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis sowie in verschiedenen modernen Gesetzgebungen und Entwürfen zur Herrschaft gekommen ist, geht er auf die Pandektenstellen, aus denen Savigny seine Lehre abstrahiert hat, zurück und verwendet, indem er die Savigny'sche Lehre und alle in den Kommissionsprotokollen als Vorbilder des B.G.B. bezeichneten Quellen in Wirklichkeit vollständig beiseite setzt, einzig und allein jene als Auslegungsmittel. Er sucht von neuem unabhängig von Savigny das jenen Pandektenstellen[1]) zu Grund liegende gemeinschaftliche Prinzip zu erfassen und findet dasselbe „in dem anomalen Charakter", dem seltenen Vorkommen jener Fälle. Das bringt ihn, sagt er, auf einen schwerwiegenden Unterschied unter den Eigenschaften, die im Verkehr für bedeutsam angesehen werden. Unter diesen Eigenschaften seien solche, die normalerweise bei obwaltenden Zweifeln des Käufers vertragsmäßig zugesichert zu werden pflegen, andererseits solche, hinsichtlich deren eine Zusicherung

1) Es handelt sich um die Fälle, daß jemand bronzenes Hausgeräte kauft, das er für goldnes hält, oder solches von Blei, oder anderem geringerem Metall oder von Holz, das er für Silber hält, oder Essig, den er für Wein ansieht, oder eine Sklavin, die er für einen männlichen Sklaven hält.

zwar wohl da und dort erfolgen möge, ohne daß aber der Mangel einer derartigen Zusicherung etwas Anomales hätte.

Wesentlich ist ihm nun was „zum normalen Geschäftsinhalt" gehört, beim Kaufe also Eigenschaften, welche zur normalen Individualisierung des Kaufobjekts" gehören.

Man wird jedoch billig bezweifeln können, ob, wie Lenel meint, gerade jene Pandektenfälle „die Gedanken der Redaktoren des § 119 Abs. 2 beherrscht haben, und ob ihnen die neue Rechtsentwicklung und Rechtssprechung, der sie gefolgt zu sein behaupten, nicht die eigentlichen Vorbilder, sondern nur die Wegweiser zu jenen Pandektenstellen als der wirklichen Quelle, aus der der fragliche Begriff geschöpft wurde, gewesen sind, ebenso aber auch, ob in der Lenel'schen Lehre das gemeinsame charakteristische Merkmal der erwähnten Fälle besser erfaßt ist, als in der Savigny'schen, ob nicht vielmehr die anormale Natur der Fälle zwar eine gemeinschaftliche Eigenschaft derselben darstellt, aber nur eine sehr nebensächliche. Ist aber die eine oder die andere Frage gegen Lenel zu entscheiden, so bricht die historische Grundlage seiner These, die ihre einzige Stütze bedeutet, zusammen. Und was die praktische Brauchbarkeit der Lenel'schen Begriffsbestimmung anbetrifft, so scheint mir fraglich, ob mit derselben in allen Fällen „dem richterlichen Ermessen der relativ feste Maßstab gegeben ist".

Man braucht, um Bedenken in dieser Richtung zu bekommen, nur die von ihm selbst gegebenen Beispiele sich vorzuhalten: den Irrtum über den Meister eines alten Gemäldes hält er für nicht beachtlich: denn beim Kauf eines solchen gehöre die Person des Meisters nicht zur normalen Individualisierung des Kaufgegenstands; dagegen läßt er Anfechtung zu, wenn jemand ein Bild eines modernen Meisters zu kaufen gedachte, das in Wirklichkeit von einem anderen lebenden oder toten Meister herrührt, da Bilder lebender Meister fast immer unter bestimmter Zusicherung hinsichtlich der Person des Malers verkauft zu werden pflegen. Auch muß er, weil seine Begriffsbestimmung versagt, die Anwen-

dung des § 119 Abs. 2 auf Verträge, wie Auftrag, Verwahrung, Leihe und ähnliche, z. B. auch in dem Fall, daß der Verleiher einer höchst kostbaren Sache, deren wirkliche Beschaffenheit und deren Wert erst nachträglich erfährt, für ausgeschlossen erklären!

Bemerkenswert für die gegenwärtige Untersuchung ist übrigens, daß Lenel den Irrtum über einen Mangel des Kaufobjekts allgemein, nicht bloß für das Gebiet des Viehkaufs, als Anfechtungsgrund nicht anerkennt.

Lenel bezeichnet als den Fehler der Savigny'schen Begriffsbestimmung die Relativität des Artbegriffs. Zuzugeben ist nun allerdings, daß es in manchen Fällen schwer sein wird, zu sagen, ob das Fehlen oder Vorhandensein einer Eigenschaft nach den Anschauungen des Verkehrs die Zugehörigkeit der betr. Sache zu einer anderen Art von Sachen begründe oder nicht. Allein wenn das B.G.B. den Richter anweist, bei der Entscheidung über die Wesentlichkeit einer Eigenschaft die Anschauungen des Verkehrs zu Rate zu ziehen, so anerkennt es selbst, daß dieser Begriff kein scharf abgegrenzter ist und daß das richterliche Ermessen bei Handhabung desselben einen weiten Spielraum haben muß. Und wenn man im gemeinen, französischen und schweizerischen Recht in jahrzehntelanger Praxis mit der Savigny'schen Begriffsbestimmung den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht geworden ist, so dürfte ihre praktische Brauchbarkeit als bewährt zu gelten haben.

Was nun die Anwendung der vorstehend gewonnenen Begriffsbestimmung auf den Fall der Mangelhaftigkeit der gekauften Sache anbetrifft, so kann der Meinung Lenels, daß man von derselben aus konsequenterweise zu der Annahme kommen müsse, daß allgemein sowohl für Vieh- als für sonstige Käufe die Mangelhaftigkeit des Kaufobjekts eine wesentliche Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 sei, nicht beigepflichtet werden. Ob für das Gebiet des gewöhnlichen Kaufes ein dem Kaufobjekt anhaftender Mangel dasselbe nach der Verkehrsanschauung als eine Sache ganz anderer

Art erscheinen lasse, könnte für die gegenwärtige Untersuchung an sich dahin gestellt bleiben. Gewöhnlich wird dies nicht der Fall sein. Daß aber nicht ausnahmsweise auch Mängel vorkommen, denen die Verkehrsanschauung die Bedeutung beimißt, daß sie die Sache zu einem Objekt anderer Art stempeln, daß also Anfechtung und die ädilitischen Klagen miteinander konkurrieren können, möchte ich trotz der oben hervorgehobenen Disharmonieen zwischen dem Recht der Anfechtung und dem allgemeinen Gewährschaftsrecht entgegen der Ansicht Lenels nicht für ganz ausgeschlossen erachten.

Wer z. B. ein neues Buch zu kaufen wähnte, und nachher findet, daß dasselbe bereits gebraucht und beschmutzt ist, hat m. E. nicht bloß die Wandelungs- und die Minderungsklage, sondern auch das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2. Denn im Buchhandel gelten gebrauchte, sog. antiquarische Bücher als Handelsobjekte besonderer Art. Anders aber verhält es sich, wenn die Mangelhaftigkeit darin besteht, daß im Druck eine Anzahl Seiten mißraten sind[1]).

Für das Spezialgebiet des Viehkaufs aber ist zu sagen:

1) Auch in dem Fall des Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Person wird man mit der oben gewonnenen Begriffsbestimmung zu praktisch brauchbaren Resultaten kommen. Man wird danach die Anfechtung zulassen, wenn beispielsweise statt eines approbierten Arztes ein nicht approbierter sog. Naturarzt bestellt wurde, ebenso in den von Lenel a. a. O. S. 20 f. auf Grund seiner Theorie in gleichem Sinn entschiedenen Beispielen: Engagierung eines Sängers statt eines Schauspielers durch einen Theaterdirektor, eines kochensunkundigen Stubenmädchens statt einer Köchin durch eine Hausfrau. Dagegen wird man mit Lenel ein Anfechtungsrecht nicht geben, wenn sich nachträglich herausstellt, daß ein angestellter Kassier schon wegen Unterschlagung gestraft wurde, ebenso in dem besonders wichtigen und bestrittenen Fall, daß einer insolventen kreditunwürdigen Person Kredit eingeräumt wurde. Krankheiten der Person werden regelmäßig als Anfechtungsgrund nicht gelten können, so wichtig diese Eigenschaft für den Vertragszweck im einzelnen Falle auch sein mag, man denke z. B. an den Fall, daß ein Kindsmädchen, ein Hauslehrer mit einer ansteckenden Krankheit behaftet ist. In solchen Fällen braucht der Gegner aber auch ein Anfechtungsrecht nicht, da er ja nach § 626 sofort kündigen kann. Daß als Grund

daß Krankheiten und Untugenden des Tiers zu den für die Artzugehörigkeit desselben maßgebenden Eigenschaften nicht gehören, und zwar gilt dies auch von den Hauptmängeln. Nach den Anschauungen des täglichen Lebens, in Handel und Verkehr, gelten nirgends kranke Tiere gegenüber den gesunden Tieren der betr. Gattung als eine besondere, selbständige Art.

Ein Pferd, das mit Dampf behaftet ist, eine perlsüchtige Kuh, ein räudiges Schaf sind wegen der ihnen anhaftenden Krankheit keine Tiere anderer Art als gesunde Stücke. Dies liegt wohl für den Fall auf der Hand, daß infolge des Mangels die Gebrauchsfähigkeit nur herabgesetzt, nicht aufgehoben wird, wenn also z. B. ein dämpfiges Pferd nur noch zum leichten, nicht auch zum schweren Zug tauglich ist, oder als Reitpferd nur noch in mäßigen Gangarten geritten werden kann.

Fraglich kann nur sein, ob sich dies nicht anders verhalte, wenn infolge des Mangels die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch völlig aufgehoben wird. Wenn beispielsweise ein Pferd infolge einer ihm anhaftenden Hufkrankheit als Zug- und Reitpferd vollständig unbrauchbar ist, oder wenn das Fleisch eines Schlachtochsen infolge Perlsucht als zum menschlichen Genuß ungeeignet sich herausstellt, so könnte mit einem Schein von Recht gesagt werden: ein solches Pferd ist eben kein Zug- und Reitpferd mehr, ein solcher Ochse ist kein Schlachttier mehr, also hat man es mit einem Tier anderer Art zu tun. Dagegen ist zunächst zu bemerken: die individuellen Zwecke, die der betr. Käufer für seine Person mit dem Kaufobjekt verfolgt, haben, gleichviel ob sie beim Vertragsschluß dem Gegner erkennbar gemacht wurden oder

der Anfechtung einer Ehe nach allgemeiner Ansicht auch gewisse Krankheiten des anderen Ehegatten anerkannt werden müssen, kann gegen die Richtigkeit der obigen Definition wohl nicht ins Feld geführt werden, da für dieses Gebiet das Anfechtungsrecht in § 1332 f. exzeptionell geregelt ist und der in Frage kommende § 1333 auch die Fassung des § 119 Abs. 2 vermeidet.

nicht, außer Betracht zu bleiben, wenn es sich darum handelt, die für das Wesen der Sache charakteristischen Eigenschaften festzustellen [1]). So ist z. B. ein Pferd, das ein Offizier zum Gebrauch vor der Front sich angeschafft hat, das aber infolge einer Untugend zu diesem speziellen Zweck nicht brauchbar ist, während es im übrigen ein taugliches Reitpferd ist, nicht als ein Tier anderer Art anzusehen, denn als ein mit dieser Untugend nicht behaftetes Reitpferd. Aber auch bei den vorher erwähnten Beispielen verhält es sich nicht anders, weil eben im Handel und Verkehr hustkranke Pferde, tuberkulose Schlachtrinder als besondere Tierarten eine Rolle überall nicht spielen.

Durchweg sind demnach Untugenden und Krankheiten, welch' letzteren äußere Verletzungen, Beschädigung durch Fremdkörper u. ä. gleichzustellen sind, als wesentliche Eigenschaften i. S. des § 119 Abs. 2 nicht anzusehen und es ist der Käufer wegen Irrtums über solche nicht zur Anfechtung berechtigt, vielmehr vom Fall der arglistigen Täuschung abgesehen, ausschließlich auf die Wandelung angewiesen. Selbstverständlich will nicht behauptet werden, daß im Viehhandel die Anfechtung wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften überhaupt ausgeschlossen sei. Wer beispielsweise einen kastrierten Ochsen zu kaufen wähnte, statt dessen aber einen nicht verschnittenen Farren erhält, kann m. E. den Kauf anfechten. Denn verschnittene und unverschnittene Stiere werden sowohl in der Landwirtschaft als im Schlachtviehhandel als besondere Tierarten angesehen.

1) Ebenso Lenel a. a. O. bes. Seite 13, 16 und Burchard Beiträge z. Erläuterung D. R. Bd. 39 S. 25. Anderer Ansicht: Leonhard a. a. O. S. 496 Anm. 2a und die dort zitierten.

P.S. Nach Fertigstellung vorstehender Abhandlung hat die Literatur zu § 119 Abs. 2 einen bedeutsamen Zuwachs erhalten durch die Schrift von Siegmund Schloßmann: „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem B G.B." Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Sprechsaal.

Ueber das Verfahren bei Preßdelikten.

Von Amtsanwalt Henning in Vaihingen.

Die Abhandlung im 14. Band der Jahrbücher S. 243 beschäftigt sich mit Verfehlungen gegen landesrechtliche Vorschriften, die durch die Presse verübt werden. Die im 15. Band S. 116 mitgeteilte Entscheidung der Strafkammer Tübingen bejaht für einen der häufigsten Fälle, für das Losanbieten mittels gedruckter Anpreisungen, den Tatbestand einer durch die Presse begangenen Uebertretung.

Diese Auffassung, deren Richtigkeit ich dahingestellt sein lasse, dürfte geeignet sein, eine Umwälzung in der bestehenden Praxis herbeizuführen. Es bestimmt nämlich der § 29 des R.G. über die Presse, daß „zur Entscheidung über die durch die Presse begangenen Uebertretungen die Gerichte auch in denjenigen Bundesstaaten ausschließlich zuständig seien, wo zur Zeit noch deren Aburteilung den Verwaltungsbehörden zustehe". Diese Bestimmung, wenn auch ursprünglich als Uebergangsvorschrift gedacht, wird auch heute noch Gültigkeit haben. Dies ist allerdings nicht unbestritten (vgl. z. B. Schicker, Polizeistrafrecht u. s. w. III. Auflage S. 281). Ueberwiegende Gründe sprechen aber für die Gültigkeit der Vorschrift. Dann war aber die bisherige Praxis auf einem Irrweg. Die Oberämter, die sich in erster Linie mit derartigen Uebertretungen befaßten, sind überhaupt nicht zuständig; sämtliche z. B. bei den Oberämtern anhängigen Untersuchungen wären sofort an die Amtsanwaltschaften abzugeben. Wenn (was ich nicht weiß) den

beiden oben S. 116 abgedruckten Entſcheidungen eine polizeiliche Strafverfügung zu Grunde lag, ſo hätten die Gerichte in folgerichtiger Durchführung des Gedankens, daß Preßübertretungen vorliegen, zwar nicht freiſprechen müſſen (denn der Gerichtsſtand des § 7 St.P.O. trifft keinesfalls zu), aber ſie hätten gemäß § 458 St.P.O. die Strafverfügung durch Urteil aufheben müſſen, ohne in der Sache ſelbſt zu entſcheiden [1]).

1) Zu vergleichen die Entſcheidung des 1. Straſſenats des RG. vom 28. Mai 1903, mitgeteilt in den Entſch. d. RG. in Straſſ. Bd. 36 S. 270, in der ausgeſprochen wird, daß der für Preßvergehen vorgeſehene ausſchließliche Gerichtsſtand des § 7 StPO. (Faſſung v. 13. Juni 1903) demjenigen gegenüber nicht zutreffe, der ſich durch Ueberſendung gedruckter Angebote ꝛc. dem Verkauf von Loſen zu einer nicht zugelaſſenen Lotterie unterziehe. Hier fehle die Vorausſetzung, daß der Tatbeſtand der ſtrafbaren Handlung durch den Inhalt einer im Inland erſchienenen Druckſchrift begründet werde, denn nicht der Inhalt der Druckſchrift, ſondern nur ihre Einführung in einen ihnen geſetzlich verſchloſſenen Bundesſtaat ſei ſtrafbar. Anm. d. Red.

Literarische Anzeigen.

Von dem im ersten Heft dieses Bands S. 134 angezeigten Staudinger'schen Kommentar zum B.G.B. ist die zweite Auflage des Sachenrechts in vier Lieferungen (mit zus. 635 Seiten und einem ausführlichen Sachregister) jetzt vollständig erschienen (Preis 15 M.), ferner vom Familienrecht die zweite Lieferung, die bis § 1493 reicht.

Von dem **Kommentar zum H.G.B.** von **Düringer u. Hachenburg** (Mannheim, Bensheimer), der sich verdienten Ansehens erfreut, liegt die erste Lieferung des dritten Bands vor, die eine eingehende systematische Darstellung des Kaufs nach dem B.G.B. (auf 112 Seiten) enthält, aber noch nicht zum Abschluß bringt, die sich z. B. (auf S. 72) auch mit der jetzt im 54. Band der Entscheidungen des R.G. unter Nr. 29 abgedruckten Entscheidung des R.G. über die derzeit lebhaft verhandelte Frage über die Folge positiver Rechtsverletzungen in Vertragsverhältnissen beschäftigt.

Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht Von Dr. jur. A. Hegler, Privatdozent an der Universität Tübingen (Tübingen u. Leipzig, J. C. B. Mohr, Preis 6 M.). Die beachtenswerte Schrift befaßt sich in eingehender Darstellung mit dem rechtlichen Charakter des prozessualen Anerkenntnisses und Verzichts, indem sie die Ansicht, diese zwei prozessualen Institute seien (wenigstens zugleich) materielle (privatrechtliche) Dispositionen oder Rechtsgeschäfte, ablehnt und ihnen die Natur rein prozessualer — nicht Rechtsgeschäfte sondern — Akte zuspricht. Dabei werden die verschiedenen Auffassungen insbesondere des prozessualen Anerkenntnisses, namentlich auch die „epochemachenden Ausführungen" Bülow's (in seinem „Geständnisrecht") eingehend kritisiert. Ist sonach die Schrift auch wesentlich theoretischer Natur, so sind ihre Ergebnisse doch in mannigfacher Beziehung auch für die Praxis von Bedeutung (vergl. z. B. 207 ff. über die Bedeutung der Erklärung: man bestreite nicht, wolle nicht bestreiten).

Mit dem neuerdings vielbesprochenen „**Recht am eigenen Bilde**“ beschäftigt sich eine — zuerst im A. f. c. P. Bd. 94 erschienene — Abhandlung von Dr. Siegfried Rietschel, Prof. in Tübingen (Tübingen u. Leipzig, J. C. B. Mohr, Preis 1,20 M.). Sie führt in anregender Darstellung aus, daß das geltende Recht einen genügenden Schutz gegen Mißbrauch des eigenen Bilds nicht gewährt und vertritt die Ansicht, daß in den Fällen, da das Bild einer Person einer andern Person beigelegt oder sonst mißbräuchlich verwendet wird, — „genau unter denselben Voraussetzungen wie der Name auch das Bild gegen Mißbrauch geschützt werden muß“ (vgl. § 12 B.G.B.), während der Schutz gegen Veröffentlichung des Abbilds, die erfolgen, um das Urbild selbst darzustellen, im Allgemeinen nur bezüglich der auf mechanischem (insbesondere photographischem) Weg hergestellten Abbildung (unter der Voraussetzung, daß ein Interesse des Abgebildeten verletzt wird) gewährt werden soll. Pf.

Das Gefangenentransportwesen in Württemberg. Zusammenstellung und Erläuterung der auf das Gefangenentransportwesen in Württemberg bezüglichen Vorschriften. Herausgegeben von Dr. Ludwig Köhler, Ministerialrat im K. Ministerium des Innern. Mit einer Eisenbahnkarte von Württemberg. Stuttgart, Kohlhammer.

Der Gefangenentransport in unserem Lande ist in diesem Jahre von Grund aus umgestaltet worden. Während er seither ganz von den Polizeibehörden unter der Leitung der Oberämter besorgt wurde, ist jetzt eine Scheidung erfolgt zwischen gerichtlichen und polizeilichen Gefangenen und es ist in der neuen Gefangenentransportordnung (Verfügung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 21. März 1903, Reg.-Bl. S. 111) bestimmt worden, daß den Justizbehörden die Anordnung und Einleitung der bei ihnen anfallenden Transporte der gerichtlichen Gefangenen obliege.

Infolge dieser Vorschrift ist den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Strafanstalten eine ganz neue Aufgabe zugewiesen und sie sind in die Notwendigkeit versetzt worden, in ein ihnen bis dahin fremdes Gebiet sich einzuarbeiten. Hiebei ergaben sich mancherlei Schwierigkeiten, zumal da die in Betracht kommenden Bestimmungen weit zerstreut sind und so war der Wunsch nach einer übersichtlichen Zusammenstellung aller auf diesen Gegenstand sich beziehenden Vorschriften wohl begründet. Diesem Wunsch kommt das Köhler'sche Buch entgegen. Es bietet aber nicht nur eine Zusammenstellung, sondern auch eine orientierende Einführung und wertvolle Erläuterungen, die es dem bisher mit dem Gefangenentransportwesen nicht Vertrauten ungemein erleichtern, rasch einen Ueberblick über den Stoff zu gewinnen und im Einzelfall sich Rats zu erholen.

In die der ersten Lieferung beigegebene Karte kann leicht (etwa

mit farbiger Tinte) der Kurs der Gefangenenwagen eingezeichnet werden. Die Eintragung durch Farbendruck hätte das Buch zu ſehr verteuert. Die zweite (Schluß-)Lieferung wird in Bälde nachfolgen und neben anderem alles das bringen, was hinſichtlich der Auslieferung und Ausweiſung von Gefangenen hieher von Belang iſt.

Klein.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

27.

Todeserklärung: Feststellung des Todestags auf einen Tag vor dem 1. Januar 1900.

Der am 29. November 1848 geborene K. N., der im Jahr 1865 förmlich nach Amerika ausgewandert und seit 1869 verschollen ist, ist durch das amtsgerichtliche Urteil für tot erklärt worden, wobei als Todestag der 1. Januar 1900 festgesetzt worden ist. Auf Anfechtungsklage des Klägers ist als Todestag der 1. Januar 1880 festgesetzt worden.

Gründe.

Abgesehen von allgemeinen Gründen ist schon aus Art. 161 des Einf.-Ges. B.G.B. Abs. 1 und 2 als Gegensatz zu entnehmen, daß nach dem B.G.B. ein vom 1. Januar 1900 ab anhängig gewordenes Verfahren wegen Todeserklärung wie das vorliegende, nach dem Rechte des B.G.B. erledigt werden soll, vorbehältlich der Ausnahme von Abs. 2 des Art. 161[1]).

Es fänden also hienach die Bestimmungen des § 18 Abs. 1, § 14 B.G.B. Anwendung und im vorliegenden Fall wäre, sofern nicht die Ermittlungen ein anderes ergeben,

1) Zu vergl. auch Motive zum Entwurf des Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 92.

der Zeitpunkt des Todes auf den Beginn des 1. Januar 1880 zu bestimmen, da das letzte Jahr, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, das Jahr 1869 ist, der zehnjährige Zeitraum des § 14 B.G.B. also mit dem Schlusse des Jahres 1869 beginnen und mit dem 31. Dezember 1879 schließen würde, womit zugleich die Frist des § 14 Abs. 1 Satz 2 gewahrt wäre.

Daß damit das B.G.B. auf einen in die Zeit vor seinem Inkrafttreten fallenden Tag zurückgreifen würde, wäre an und für sich nichts Auffallendes, da in § 18, § 14 ausdrücklich ein solches Zurückgreifen bestimmt ist und der Zweck der Bestimmung eben ein Zurückgreifen auf eine vergangene Zeit erfordert, („deklaratorische" im Gegensatz zu „konstitutiver" Wirkung [1]).

Das B.G.B. will aber ohne Zweifel *nicht eingreifen*, weder in die erkennbaren tatsächlichen Verhältnisse der Wirklichkeit, wie sich aus dem Vorbehalt anderer Ergebnisse der Ermittlungen in § 18 Abs. 1 B.G.B. und der Anfechtung des § 973 C.P.O. ergibt, noch in *bestehende Rechtsverhältnisse*, wie sich aus allgemeinen Grundsätzen und aus dem besonderen Ausdruck ergibt, den diese Erwägung in Art. 161 Abs. 2 Einf.-Ges. gefunden hat. Dieser Ausdruck in Art. 161 Abs. 2 ist insofern ein noch weitergehender, als nicht bloß das Zurückgreifen des Rechts des B.G.B. in die Vergangenheit Halt macht vor den in Art. 161 Abs. 2 erwähnten Rechtsverhältnissen, sondern das B.G.B. dem alten Recht das ganze Gebiet der Todeserklärung überläßt, vorbehältlich allerdings einer nach Art. 162 nebenhergehenden besonderen Todeserklärung nach neuem Recht.

Es fragt sich nun, ob im vorliegenden Fall Verhältnisse vorliegen, die das Eingreifen und Zurückgreifen des B.G.B. zu hemmen geeignet sind.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine nach altem Recht bestehende eigentliche *Lebensvermutung* ein solches

1) Zu vergl. Protokolle der zweiten Lesung B.G.B. zu §§ 7, 9 des Entwurfs II., Ausgabe von Guttenberg Bd. 1 S. 21.

Verhältnis ist, in welches das B.G.B. nicht eingreift [1]); denn nach württembergischem Rechte bestand keine solche Lebensvermutung, sondern nur eine als beschränkte Lebensvermutung bezeichnete rechtliche Möglichkeit des Erbschaftsantritts für einen Verschollenen. Der Abwesenheitspfleger eines Verschollenen konnte, wenn dieser das 70. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte und nicht durch förmliche Auswanderung das württembergische Staatsbürgerrecht verloren hatte oder sonstwie als Ausländer zu betrachten war, mit vollem Rechte für den Verschollenen eine Erbschaft antreten und so erwerben, daß zur Zeit des später festzustellenden Todes nicht den Erben des Erblassers, sondern denen des Verschollenen diese Erbschaft zufiel [2]).

Es wurde also nach württembergischem Recht für den Fall eines solchen Erbschaftsantritts angenommen, daß der Verschollene noch lebe. Im übrigen aber hatte derjenige, der aus dem Leben eines noch nicht 70 Jahre alten Verschollenen Rechte ableiten wollte, das Leben zu beweisen; eine Vermutung, daß der Verschollene bis zum vollendeten 70. Lebensjahre gelebt habe, bestand nicht [3]).

Dieser Gestaltung des württembergischen Rechtes gegenüber ist nun allerdings anzunehmen, daß das B.G.B. in einen auf solche Weise erfolgten Erbschaftsantritt für einen Verschollenen nicht eingreifen will. Die in einem Fall des wirklich erfolgten Erbschaftsantritts vorliegenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse könnten dadurch berücksichtigt werden, daß die Todeserklärung des neuen Rechts in ihrem Zurückgehen auf die Vergangenheit Halt machen würde vor dem Umstand, daß der Verschollene am Tage des giltig für ihn erfolgten Erbschaftsantritts noch

1) Wie Habicht 3. Aufl. S. 101 annimmt.

2) Württ. Jahrb. Bd. 5 S. 80 ff. insbesondere S. 86, 87, 88, 89, 90, Lang; Württ. Personenrecht (S. 9) § 3 Ziff 4.

3) Zu vergl. Lang a. a. O. § 3 Ziff. 4 und Württ. Jahrb. Bd. 5 S. 85 und im Gegensatz dazu S. 86 ff., ferner Württ. Archiv Bd. 16 S. 125, 126 Bd. 6 S. 141, 142.

gelebt haben müßte, und deshalb den Todestag nicht über diesen Tag zurückverlegen, sondern auf den folgenden Tag festsetzen würde. Dies würde der Berücksichtigung der ermittelten Verhältnisse des einzelnen Falles entsprechen, wie sie in § 18 Abs. 2 B.G.B. vorgesehen ist. Es ließen sich aber auch Gründe dafür geltend machen, daß der Todestag zunächst ohne Rücksicht auf den erfolgten Erbschaftsantritt für den Verschollenen gemäß § 14 B.G.B. festgesetzt und nur für den erfolgten Erbschaftsantritt die dadurch gegebene Sach- und Rechtslage vorbehalten würde. Daß der Verschollene damit für die einen Verhältnisse als tot, für die andern als lebend zu behandeln wäre, ist nicht als unmöglich anzusehen, würde vielmehr der Anordnung entsprechen, die das B.G.B. sonst für das Ineinandergreifen verschiedener Rechte ausdrücklich getroffen hat, Art. 162 Einf.-Ges. und Art. 9 Einf.-Ges. B.G.B. Im vorliegenden Fall kann jedoch dahingestellt bleiben, wie sich im einzelnen das neue Recht mit einem erfolgten Erbschaftsantritt abzufinden hätte, da ein solcher nicht stattgefunden hat.

Ist ein Erbschaftsantritt für den Verschollenen nicht erfolgt, so bestand für Fälle, in denen nicht, wie hier, die württembergische Staatsangehörigkeit aufgegeben war — jedenfalls bis zum 1. Januar 1900 — die Möglichkeit, daß für den Verschollenen eine Erbschaft angetreten wurde. Es handelt sich aber lediglich um eine Möglichkeit, die nicht eingetreten ist. Daß vor einer solchen das B.G.B. mit seinem bestimmungsgemäßen Zurückgreifen in die Vergangenheit Halt machen sollte, ist nicht anzunehmen. Die nicht eingetretene Möglichkeit kann einen Grund hiefür nicht abgeben, es handelt sich nicht um ein als vorhanden anzunehmendes Rechtsverhältnis, das berücksichtigt werden müßte. Es besteht insbesondere nicht etwa ein erbrechtliches Verhältnis zwischen einem Erblasser und dem Verschollenen. Einmal fehlt es an einem Erblasser, es besteht nur die Möglichkeit, daß jemand sterben konnte oder gestorben sein konnte, dessen Erbe der Verschollene werden konnte, und auch wenn ein

solcher Erblasser vorhanden wäre, würde zunächst nur die Möglichkeit bestehen, daß der Verschollene noch gelebt haben könnte und Erbe werden könnte, und an diese Möglichkeit würde sich nach dem alten Rechte die weitere Möglichkeit anschließen, daß der Abwesenheitspfleger die Erbschaft für den Verschollenen antreten konnte und insoweit der Verschollene als lebend behandelt würde.

Wenn weiter gesagt wird, diese allerdings bisher nicht eingetretene Möglichkeit könnte auch nach der Zeit vom 1. Januar 1900 ab dadurch eintreten, daß ein vor 1. Januar 1900 gestorbener Erblasser des Verschollenen nachträglich entdeckt würde, und wenn es daher als ungerechtfertigt erachtet würde, die Möglichkeit eines Erbschaftsantritts für den Verschollenen abzuschneiden, so ist vor allem auch eine Bestimmung des Todestages erst auf 1. Januar 1900 nicht geeignet, dieser Unbilligkeit abzuhelfen, oder Widersprüche zu verhindern; denn wenn auch nachträglich noch ein solcher vor 1. Januar 1900 gestorbener Erblasser entdeckt würde, so könnte doch der Abwesenheitspfleger schon deshalb nicht mehr oder nicht ohne Widerspruch mit der Festsetzung des Todestages auf 1. Januar 1900 für den Verschollenen antreten, weil der Verschollene zur Zeit des Erbschaftsantritts noch leben müßte, vom 1. Januar 1900 ab jedoch auch gemäß dieser Todeserklärung als tot zu behandeln wäre. Es ist aber überhaupt nicht anzunehmen, daß diese Befugnis des Abwesenheitspflegers zum Erbschaftsantritt für einen Verschollenen gemäß dem alten Rechte vom 1. Januar 1900 ab fortgedauert hätte. Dies ergibt sich aus Art. 210 Einf.-Ges. B.G.B.; vgl. § 1911 B.G.B.

Die bisher nicht verwirklichte Möglichkeit kann sich also auch nicht mehr verwirklichen und bildet um so weniger einen Umstand, der das Zurückgreifen des B.G.B. aufhalten könnte.

Der mehrfach angeführte Art. 213 Einf.-Ges. B.G.B. kann einen Grund gegen die Wirksamkeit der Bestimmungen des § 14, § 18 B.G.B. gleichfalls nicht abgeben oder überhaupt in Betracht kommen, soweit es sich nicht um einen er-

folgten Erbschaftsantritt für den Verschollenen, sondern nur um die bezeichnete Möglichkeit handelt. Art. 213 setzt vor allem einen Erblasser voraus, der vor 1. Januar 1900 gestorben ist, hier einen Erblasser des Verschollenen. Ein solcher Erblasser fehlt aber, wie eben ausgeführt, und wenn er auch vorhanden wäre oder noch entdeckt würde, so würde, wie gleichfalls ausgeführt ist, noch kein erbrechtliches Verhältnis zwischen dem Verschollenen und ihm bestehen, sondern nur die Möglichkeit eines solchen und im Anschluß daran die Möglichkeit, durch Erbschaftsantritt von seiten des Abwesenheitspflegers ein solches zu schaffen und zwar bis zum 1. Januar 1900. Es handelt sich also nicht um bestehende erbrechtliche Verhältnisse, auf die Art. 213 Anwendung finden könnte.

Uebrigens gehört die mehrerwähnte Möglichkeit eines Erbschaftsantritts für einen Verschollenen im wesentlichen dem Personenrecht (§ 1—20 B.G.B.) und Pflegschaftsrecht (§ 1909—1921 B.G.B.) an.

Nicht einmal eine derartige Möglichkeit bestand übrigens im vorliegenden Fall, da der Verschollene durch förmliche Auswanderung das württembergische Staatsbürgerrecht verloren hatte. Es besteht daher noch weniger ein Anlaß zur Einschränkung der Wirksamkeit des B.G.B.

Auch ein Bedürfnis der Einheitlichkeit in der Behandlung der erwähnten, verschieden gestalteten Fälle kann einen solchen Anlaß nicht geben. Vor allem ist gegenüber durchaus einheitlicher Behandlung die Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des einzelnen Falles den angeführten Gesetzesstellen zu entnehmen; im übrigen wird aber die einheitliche Behandlung bei möglichster Durchführung des einheitlich und vollständig ausgestalteten neuen Rechts am ehesten erreicht. Auch sonst besteht kein Anlaß, diesen Bestimmungen gegenüber für die Gestaltungen des alten Rechts eine weiterreichende Wirksamkeit zu wahren,

als die unzweifelhaft erforderliche [1]) [2]).

Urteil des ersten Civilsenats vom 13. Juni 1902 i. S. Nanz g. Staatsanwaltschaft.

28.

Zu §§ 116, 117, 817, 826 B.G.B.

Bekl., der dem Kl. 870 M. schuldete, hat mit seinen Gläubigern einen außergerichtlichen Akkord abgeschlossen, wodurch die Gläubiger dem Bekl. gegen bare Bezahlung von 40% ihrer Forderungen die restlichen 60% nachließen. Diesem Vergleich ist der Kl. laut seiner Zuschrift an das Schultheißenamt S. vom 24. März 1900 beigetreten und es erhielt der Kl. zufolgedessen von dem Schultheißen K., der das Arrangement vermittelt hat, 40% seiner Restforderung mit 348 M. ausbezahlt.

Der Kl. hatte aber mit dem Bekl. ein geheimes Abkommen getroffen, worin der Kl. seine Zustimmung zu dem Vergleich zugesagt hatte gegen das Versprechen des Bekl., ihm außer den ihm durch den Vergleich zukommenden 40% seiner Forderung noch die weitere Summe von 372 M. zu bezahlen; die Klage auf Bezahlung dieser 372 M. ist rechtskräftig abgewiesen, weil das betreffende Zahlungsversprechen des Bekl. als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei. Kl. hat darauf Klage auf Bezahlung seiner ganzen Restforderung von (870 minus 348 =) 522 M. erhoben, die aber ebenfalls abgewiesen wurde, vom Berufungsgericht aus folgenden

1) Zu vergl. Württ. Jahrb. Bd. 5 S. 95.

2) Gegen die hier vertretene Ansicht: Boschers Zeitschrift Bd. 42 S. 266 ff., insbesondere S. 337, 338, 339, außerdem teilweise Habicht 3. Aufl. S. 92 ff., insbesondere S. 102, 104 und die bei Boscher Angeführten. Für die hier vertretene Ansicht und teilweise noch weitergehend: Plank, B.G.B. zu Art. 158 Einf.-Ges.; Ennecerus-Lehmann, Bürg. R. Bd. I. S. 53, 54; Rehbein Bd. I. S. 13 Ziff. 16 a. E.; G. Pfizer, B.G.B. Einleitung S. XXVI; Boschers Zeitschr. Bd. 43 S. 154.

Gründen:

Beide Parteien gehen in Uebereinstimmung mit den Erkenntnissen in dem Vorprozeß der Parteien vom 17. Mai und 1. Oktober 1901 davon aus, daß das Zahlungsversprechen bezüglich der 372 M. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (B.G.B. § 138) nichtig ist.

Der Kl. zieht daraus die Folgerung, daß hiemit auch der Schuldnachlaß als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nichtig sei (B.G.B. § 139) und klagt deshalb den ganzen Schuldrest abzüglich der empfangenen 40%, nämlich restlich noch 522 M. ein.

Die Civilkammer hat zwar dem Kl. die Replik nicht verworfen, daß die von ihm dem Schultheißenamt S. gegenüber abgegebene Erklärung über den Nachlaß der restlichen 60% nur zum Schein abgegeben worden sei d. h. dem wahren Willen des Kl. nicht entsprochen habe, verneint aber die Nichtigkeit dieser Willenserklärung', weil der Schultheiß K., der nicht bloß den Bekl., sondern auch die Interessen der Gläubiger vertreten habe, von dem geheimen Vorbehalt bezüglich des Forderungsrests keine Kenntnis gehabt habe. Allein im Verhältnis des Kl. zu dem Bekl. trifft nicht § 116, sondern § 117 Abs. 1 B.G.B. zu, da die obige Willenserklärung, soweit sie dem Bekl. oder seinem Vertreter gegenüber abzugeben war, nach dem unbestrittenen geheimen Abkommen der Parteien ja mit dem Einverständnis des Bekl. nur zum Schein abgegeben worden ist, wobei der Bekl. sich nach § 166 Abs. 2 B.G.B. nicht auf die Unkenntnis seines Vertreters berufen kann. Die Schuldnachlaßerklärung ist daher dem Bekl. gegenüber gemäß § 117 B.G.B. nichtig.

Aus dieser Nichtigkeit ergibt sich aber nicht die vom Kl. gezogene Konsequenz, daß nun Kl. seine ursprüngliche Forderung geltend machen könnte, als ob nichts geschehen wäre. Denn durch die Nichtigkeit jener gegen die guten Sitten verstoßenden Vereinbarung wird nicht ohne weiteres der frühere Zustand wiederhergestellt; vielmehr hat der Kl. zufolge seiner Zustimmungserklärung zu dem Vergleich aus

Mitteln Dritter, die unter der Voraussetzung und zum Zwecke des Vergleichs zu Gunsten des zahlungsunfähigen Beklagten mit Darlehen und ihrem Kredit interveniert haben, 40% seines Guthabens bezahlt erhalten. Es verstößt nun aber gegen die guten Sitten, wenn der Kl. nach diesem Empfang der Vergleichssumme dem Bekl. zumutet, ihm die restlichen 60% trotz jener den Gläubigern und den Interzedenten gegenüber abgegebenen Nachlaßerklärung zu bezahlen und so einerseits ihm zu Vorteilen zu verhelfen, wie er sie bei der seinerzeitigen Vermögenslage des Bekl. ohne die Täuschung jener Interessenten nie erlangt hätte, und andererseits die nunmehrige Vermögenslage des Bekl. den regreßberechtigten Interzedenten gegenüber, die im Vertrauen auf die vom Kl. abgegebene Nachlaßerklärung die Mittel zur Zahlung der Akkordsumme beschafft haben, zu verschlechtern.

Nach § 817 des B.G.B. würde der Kl. im Falle der Annahme der jetzt noch verlangten Leistung, weil er hiedurch gegen die guten Sitten verstoßen würde, zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet sein. Zwar ist nach § 817 Abs. 2 die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Allein Bekl. weigert sich ja zu zahlen und wenn die Restforderung im Zwangsvollstreckungswege beigetrieben würde, so würde den Bekl., da die Beitreibung ohne, ja gegen seinen Willen geschähe, der Vorwurf eines eigenen Verstoßes gegen die guten Sitten oder der Teilnahme an einem solchen Verstoß nicht treffen.

Wäre aber der Kl. sofort wieder zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, so handelt er unerlaubt, indem er auf die Leistung klagt (B.G.B. § 826) — dolo facit, qui petit, quod redditurus est — und hat hieraus der Bekl. gegen die Klage eine persönliche Einrede.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 19. Juni 1902 i. S. Schuler g. Hafner.

29.

Recht auf den Namen einer Druckschrift.

Klin. und Bekl. hatten gemeinschaftlich drei Jahrgänge von Architekturbildern unter dem Titel „Moderne Neubauten" herausgegeben und darauf im Weg der Uebereinkunft das unter ihnen bestehende Verhältnis gelöst. Darauf gab Bekl. einen „Jahrgang IV." der „Modernen Neubauten" heraus. Klin. erhob Klage gegen ihn mit dem Klagantrag: zu erkennen, Bekl. sei schuldig, die Führung des Titels „Moderne Neubauten" für die von ihm herausgegebene Druckschrift —, in zweiter Linie, die Bezeichnung dieser Druckschrift als „vierter (u. s. w.) Jahrgang" zu unterlassen. Die Klage ist abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Anspruch der Klin. darauf, daß Bekl. für das von ihm herausgegebene Architektur-Werk die Führung des Titels „Moderne Neubauten" unterlasse, kann nicht auf § 1 oder § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gestützt werden. Nach § 1 kann (unter gewissen Voraussetzungen), wer über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht, auf Unterlassung der unrichtigen Angaben (und auf Schadensersatz) in Anspruch genommen werden. Der Titel „Moderne Neubauten" enthält aber augenscheinlich keine derartige „unrichtige Angabe tatsächlicher Art". § 8 des Wettbewerbgesetzes soll nach der Ansicht der Klin. deshalb anwendbar sein, weil sie sich des Titels „Moderne Neubauten" noch heute für die Lagerbestände der drei ersten Jahrgänge befugter Weise bediene. Aber bei Druckschriften, von denen — wie im vorliegenden Fall — jeder Band ein in sich abgeschlossenes Werk darstellt, bildet die Bezeichnung des einzelnen Bandes oder Jahrgangs mit einer Reihenzahl eine völlig genügende Unterscheidung

von den andern Bänden oder Jahrgängen, so daß eine Verwechslung mit diesen — wie sie der § 8 voraussetzt — ausgeschlossen ist. Wer einen Band oder ein Heft des jetzt vom Bekl. herausgegebenen Werks „Moderne Neubauten", worauf deutlich steht: „Vierter Jahrgang", zur Hand nimmt, ersieht sofort, daß drei frühere Jahrgänge vorhanden sind, und erfährt auf Erkundigung, daß diese früheren Jahrgänge bei der Klin. erschienen sind: eine Verwechslung der beiden Werke — des früher im Verlag der Klin. erschienenen und des im Selbstverlag des Bekl. erscheinenden — kann daher nicht wohl stattfinden und es ist schon aus diesem Grund nicht anzunehmen, daß Bekl. bei der Wahl des Titels seines neuen Unternehmens auf eine Verwechslung mit der früheren Unternehmung („Moderne Neubauten, Jahrgang I, II und III") gerechnet hat.

Klin. steht auf dem Standpunkt, zwischen ihr und dem Bekl. habe bezüglich der drei ersten Jahrgänge der „Modernen Neubauten" ein Gesellschaftsverhältnis bestanden. Aber wenn man auch hievon ausgeht, ergibt sich nicht — wie Klin. meint — aus den allgemeinen unter Gesellschaftern geltenden Grundsätzen über Treu und Glauben, daß Bekl. für die von ihm herausgegebene Druckschrift den Titel „Moderne Neubauten" nicht wählen durfte. Mit Auflösung der Gesellschaft der Parteien durch den Vertrag vom 4. Oktober 1899 hat das gemeinschaftliche Werk der Parteien — die „Modernen Neubauten" — zu erscheinen aufgehört. Hievon geht Klin. selbst aus. Daraus folgt aber nicht, daß nunmehr kein Teil für ein von ihm allein neu herausgegebenes Werk den Titel „Moderne Neubauten" wählen durfte; im Gegenteil war nunmehr jeder Dritte berechtigt, einem neuen Werk diesen Titel zu geben (sofern — s. oben — § 8 des Wettbewerbgesetzes nicht zutrifft), und auch für jede der Parteien bestand ein gleiches Recht. Ein Recht des Verlegers oder Urhebers eines (noch geschützten, abgeschlossenen) Schriftwerks darauf, daß niemand dessen Titel für ein gleichartiges neues Schriftwerk benützt, besteht nicht (abgesehen vielleicht von seltenen Aus-

nahmsfällen, in denen auch der Titel des Werks eine originelle Schöpfung darstellt); es wäre daher nichts im Wege gestanden, daß nach Abschluß des 3. Jahrgangs der „Modernen Neubauten" ein anderer Architekt und ein anderer Verlag als die Parteien ein neues Architekturwerk unter eben diesem Titel hätten erscheinen lassen (vgl. die Analogie der Warenzeichen: § 9 Abs. 2, vgl. mit § 4 Abs. 2 des Reichsges. vom 12. Mai 1894). Die Parteien selbst aber haben — in Ermanglung gegenteiliger Vereinbarungen — mit Auflösung der unter ihnen bestehenden Gesellschaft bezüglich des Titels der von ihnen bisher herausgegebenen Druckschrift „Moderne Neubauten" das gleiche Recht erlangt, wie jeder Dritte; eine gegenseitige Beschränkung bezüglich des Rechts, diesen Titel für ein neu herausgegebenes Werk zu benützen, verstand sich keineswegs von selbst, bedurfte vielmehr besonderer Vereinbarung. Gegenüber der Ausführung der Civilkammer: beide Teile haben ein Interesse daran gehabt, daß der andere Teil das frühere Unternehmen nicht fortsetze (d. h. den Titel des früheren Unternehmens nicht für ein neues benütze) und mit Hilfe des von diesem genossenen Ansehens dem früheren Gesellschafter eine Konkurrenz bereite, ist darauf hinzuweisen, daß nicht jedes Interesse rechtlich geschützt, zum Recht erhoben ist; das bezeichnete Interesse mochte die Parteien veranlassen, bezüglich des einschlägigen Punkts Vereinbarungen zu treffen, kann aber für sich allein keinem Teil das Recht gewähren, dem andern Teil zu untersagen, für ein neues buchhändlerisches Unternehmen den Titel des früheren gemeinschaftlichen Unternehmens zu wählen. Allerdings konnten, wenn jeder Teil berechtigt war, einem neuen Unternehmen den Titel „Moderne Neubauten" zu geben, Kollisionen entstehen; aber auch diese Möglichkeit konnte nur die Parteien veranlassen, ihr durch entsprechende Abreden vorzubeugen, aber nicht die Verpflichtung der Parteien begründen, sich gegenseitig des Gebrauchs des mehrerwähnten Titels zu enthalten.

Wenn also die Parteien lediglich vereinbart haben, die

unter ihnen bestehende Gesellschaft solle aufgelöst und damit das Erscheinen des bisher von ihnen gemeinschaftlich herausgegebenen Unternehmens der „Modernen Neubauten" beendet sein, so hat Bekl. nicht dadurch gegen die Vertragstreue verstoßen, daß er einem neuen von ihm herausgegebenen Werk den Namen „Moderne Neubauten" gegeben hat.

Auch der in zweiter Linie gestellte Anspruch läßt sich auf Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nicht stützen. Schon oben ist hervorgehoben worden, daß die Bezeichnung „Vierter u. s. w. Jahrgang" dazu dient, Verwechslungen mit den drei Jahrgängen der von den Parteien gemeinsam herausgegebenen Zeitschrift „Moderne Neubauten" auszuschließen, über die die Klin. nach dem Inhalt des Vertrags vom 4. Oktober 1899 zu verfügen hat; § 8 des Wettbewerbgesetzes trifft daher nicht zu. Aber auch § 1 dieses Gesetzes nicht: es mag sich vielleicht bei der Bezeichnung „vierter u. s. w. Jahrgang" um eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art „über geschäftliche Verhältnisse" handeln; nicht ersichtlich ist aber, inwiefern diese Bezeichnung geeignet sein sollte, den Anschein eines besondersgünstigen Angebots hervorzurufen. Man kann zugeben, daß diese Bezeichnung bei dem Teil des Publikums, der die Jahrgänge I—III der „Modernen Neubauten" — oder doch einen Band hievon — kennt, die Annahme erweckt, es handle sich um das gleiche Werk, um den Preis von 30 M. werde also wesentlich das Gleiche geliefert, wie in den früheren Jahrgängen; allein einmal ist hiemit der Anschein eines „besonders" — d. h. ausnahmsweise — günstigen Angebots nicht hervorgerufen, sodann aber hat Klin. bezüglich der Frage, ob das vom Bekl. in seinen „Modernen Neubauten" Gebotene gegenüber dem in dem früheren Werk gleichen Namens Gebotenen minderwertig sei, nur angeführt: die Abbildungen der Jahrgänge I—III bestehen in Lichtdruckbildern, die des sog. Jahrgangs IV in Clicheetafeln, die Kosten einer Clicheetafel belaufen sich aber auf nur etwa 150 M. gegen 200 M. Kosten einer Lichtdrucktafel. Aber die billiger hergestellten

Abbildungen müssen keineswegs schlechter oder weniger zweckentsprechend sein als die mittels eines teureren (z. B. älteren) Verfahrens hergestellten, und wenn die Parteien beispielsweise den 3. Jahrgang ihrer „Modernen Neubauten" mit Clicheetafeln statt Lichtdruckbildern hätten erscheinen lassen, ohne dies ausdrücklich hervorzuheben, so hätte hierauf sicherlich kein Konkurrent gemäß § 1 des Wettbewerbgesetzes den Anspruch gründen können, die Parteien haben die Bezeichnung dieser Druckschrift als des „dritten Bandes" der Modernen Neubauten zu unterlassen. Eine sonstige ausdrückliche Gesetzesvorschrift, auf die der Anspruch auf Unterlassung der Bezeichnung „vierter u. s. w. Jahrgang" sich stützen ließe, hat Klin. nicht angeführt, und weiß das Berufungsgericht nicht zu finden; insbesondere erscheint weder der Tatbestand des § 823 noch der des § 826 B.G.B. gegeben. Eine Vereinbarung dahin, daß Bekl. eine etwa von ihm unter der Bezeichnung „Moderne Neubauten" herauszugebende Druckschrift nicht als vierten u. s. w. Jahrgang solle bezeichnen dürfen, hat Klin. nicht behauptet. Es kann sich also nur fragen, ob aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Unzulässigkeit der in Rede stehenden Bezeichnung folgt.

In dieser Beziehung ist nicht zu verkennen, daß ein Schriftsteller oder Verleger ein bald nur ideales, bald auch wirtschaftliches Interesse daran haben kann, daß nicht ein anderer Schriftsteller oder Verleger ein von ihm verfaßtes oder herausgegebenes Werk als „Fortsetzung", „vierten u. s. w. Jahrgang" eines vom ersteren verfaßten oder verlegten Werks bezeichnet. Abgesehen von den im vorliegenden Fall nach den obigen nicht in Betracht kommenden Gesichtspunkten des unlautern Wettbewerbs, der Verletzung eines Namensrechts, der vorsätzlichen gegen die guten Sitten verstoßenden Vermögensbeschädigung könnte sich ein Gesetzgeber wohl veranlaßt sehen, ein derartiges Vorgehen als Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht aufzufassen und demgemäß in bestimmten Grenzen zu untersagen. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts ist aber die Rechtsentwicklung in Deutschland bisher

nicht dahin gelangt, ein Perſönlichkeitsrecht in ſolchem Umfang anzuerkennen und das in ſolchen Fällen unter Umſtänden beſtehende ideale oder auch wirtſchaftliche Intereſſe des früheren Urhebers oder Verlegers daran, daß ein ſpäteres Werk ſich nicht als „Fortſetzung“ eines von ihm verfaßten oder verlegten Werks bezeichnet, ſchlechthin zu einem Recht zu erheben, deſſen Verletzung einen Anſpruch auf Unterlaſſung begründen würde.

Urteil des erſten Civilſenats vom 11. Juli 1902 i. S. Ebner g. Kick.

30.

Zu § 366 B.G.B.

Kl. hat dem Bekl. am 5. Februar 1901 2152 Mk. bezahlt, 2048 Mk. 8 Pfg. davon unbeſtrittenermaßen behufs Deckung einer Schuld von 2000 Mk. nebſt Zinſen, zu deren Bezahlung er rechtskräftig verurteilt war. Streit war unter den Parteien darüber, welche Schuld durch Zahlung der weiteren 103 Mk. 92 Pfg. als getilgt zu gelten habe, ob — wie Kl. behauptete — eine Wechſelſchuld, betreffs welcher der Bekl. ein vorläufig vollſtreckbares Urteil erwirkt hatte, oder, wie Bekl. behauptete, gewiſſe andere ältere angebliche Schulden des Kl.: zu einer Verrechnung auf dieſe Schulden — hat Bekl. ausgeführt — ſei er ſchon gemäß § 366 Abſ. 2 B.G.B. berechtigt geweſen.

Die

Gründe

des Berufungsurteils ſagen hierüber:

Wenn anläßlich der Zahlung der 2152 Mk. keine der Parteien etwas darüber geſagt hat, auf welche Schuld des Kl. die Zahlung der 103 Mk. 92 Pfg. erfolge, ſo war ſie auf die Wechſelſchuld des Kl. zu verrechnen. Denn ein dahin gehender Wille des Kl. ergab ſich diesfalls ohne weiteres aus den Umſtänden und bedurfte daher keiner ausdrücklichen

Erklärung[1]): zur Bezahlung dieser Schuld war Kl. verurteilt und es war hiewegen Zwangsvollstreckung gegen ihn eingeleitet; es verstand sich deshalb von selbst, daß er — falls er nichts Gegenteiliges erklärte — nach Tilgung der Schuld von 2000 Mk. diese Wechselschuld tilgen wollte und nicht etwa andere Schulden, bezüglich deren er nicht eingeklagt war und deren Bestehen er im Rechtsstreit durchaus in Abrede gezogen hat. Gegenüber diesem dem Bekl. aus den Umständen erkennbaren Willen war Bekl. nicht berechtigt, die Zahlung — soweit sie den Betrag von 2000 Mk. nebst Zinsen überstieg — einseitig auf andere Schulden des Kl. als dessen Wechselschuld zu verrechnen und es ist auch für die Anwendung des § 366 Abs. 2 B.G.B. kein Raum.

Urteil des I. Civilsenats vom 31. Oktober 1902 i. S. Rapp g. Riecker.

31.

Ungiltigkeit einer Vertragsbestimmung, wodurch einem Wirt für sich und seine Rechtsnachfolger die Verpflichtung auferlegt wird, sein Bier aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der Anspruch des Klägers stützt sich auf den § 10 der zwischen ihm und der damals noch ledigen, inzwischen verstorbenen, Ehefrau des Bekl. über die Löwenwirtschaft in J. abgeschlossenen Kaufvertrags vom 24. April 1893, woselbst nach der in § 6 getroffenen Bestimmung, daß das Anwesen — ausgenommen die Bedingung des Bierbezugs — kostenfrei auf die Käuferin übergehe, festgesetzt ist: „Das Bier, welches auf dem Anwesen zum Ausschank kommt, ist aus der

1) Vergl. Seuffert Bd. 54 Nro. 146.

Brauerei K. zu beziehen, welche Brauerei an das Anwesen ein gleich gutes Bier wie ihrer anderen Kundschaft zum Preis von 17 Pfg. pr. Liter franko zu liefern hat. Diese Last des Bierbezugs ist nur gegen eine an Fr. H. oder dessen Erben zu leistende Entschädigung von 1500 Mk. abzulösen. Vor der Bezahlung der Ablösungssumme darf auf dem Anwesen niemals anderes Bier ausgeschenkt werden."

Der Klaganspruch ist unbegründet, mag mit der erwähnten Bestimmung die Konstituierung einer dinglichen, alle Inhaber der Löwenwirtschaft als solche verpflichtenden, und nur gegen Bezahlung einer Ablösungssumme von 1500 Mk. aufzuhebenden Verbindlichkeit zum Bierbezug beabsichtigt gewesen oder die Meinung der Kontrahenten dahin gegangen sein, daß die Käuferin des Anwesens nur persönlich zur Bierabnahme verpflichtet sei und für den Fall des Aufhörens des Bierbezugs eine Vertragsstrafe im genannten Betrage zu bezahlen habe.

1. Die dingliche Belastung der Löwenwirtschaft mit einer Verpflichtung der genannten Art war, ganz abgesehen von den früheren hierauf bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen, unter allen Umständen durch die Vorschriften der Gewerbe-O. § 8 Ziff. 2, vgl. mit §§ 7 und 10 ausgeschlossen.

2. Dagegen muß es zwar für statthaft erklärt werden, daß ein Schenkwirt sich vertragsmäßig verpflichte, seinen Bierbedarf lediglich aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen, vorausgesetzt jedoch, daß diese obligatorische Verbindlichkeit sich innerhalb der Schranken der Gewerbefreiheit und der gewerblichen Freizügigkeit (§§ 8 (Ziff. 2), 10 cit.) bewege. Dazu gehört aber, daß der Bierzwang auf die Person des Kontrahenten beschränkt bleibt und sich außerdem auf einen bestimmten Zeitraum beziehe, der über die Lebensdauer des Verpflichteten hinaus nicht erstreckt werden darf[1]).

1) S. Schicker, Gew.-Ord. (4. Aufl.) S. 21 Ziff. 3 Abs. 3; S. 24 Ziff. 3, S. 25 Ziff 2; Jahrb. für Württ. Rechtspfl. Bd. 8, 303 ff., 11, 11; Seuffert, Archiv Bd. 49 Nro. 102; Motive zum E.G. zum B.G.B. S. 165.

Hienach ist, auch wenn durch § 10 des Kaufvertrags nur eine obligatorische Verpflichtung zum Bierbezug auferlegt werden wollte, dieselbe als mit dem am 9. Dezember 1897 eingetretenen Tode der Käuferin erloschen zu betrachten. Daran könnte durch den Umstand, daß Bekl. im Wege der Universalsuccession Rechtsnachfolger der Verpflichteten geworden wäre, nichts geändert werden. Denn sollte selbst eine auf eine bestimmte Zahl von Jahren festgesetzte Bierbezugsverpflichtung auf den Universalsuccessor des persönlich Verpflichteten gleich den übrigen Verbindlichkeiten des letzteren übergehen, so muß doch die Zulässigkeit einer Nachfolge in eine an keine zeitliche Schranken gebundene Verpflichtung, wie die vorliegende, unter allen Umständen als mit den vorerwähnten Bestimmungen der Gewerbeordnung über Gewerbefreiheit in einem entschiedenen Widerspruch stehend verneint werden. Die Gültigkeit einer derartigen Nachfolge käme unter Umständen im Erfolg der verbotenen Errichtung einer dinglichen Last ziemlich nahe.

Urteil des II. Civilsenats vom 1. Mai 1902 i. S. Härle g. Späh.

32.

Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter Anwalt zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt?

Die Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

Durch den angefochtenen Beschluß ist die dem Kl. durch die Gerichtsschreiberei des Landgerichts erteilte Vollstreckungsklausel für einen Vergleich, der in dem Beweisaufnahmetermin vom 6. Dezember 1902 vor dem beauftragten Richter abgeschlossen worden war, auf Antrag des Bekl. aufgehoben und die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich für unzulässig erklärt worden, weil der in dem Termin vom 6. Dezember erschienene Vertreter des Bekl., der für letzteren den

Vergleich abgeschlossen hat, laut der von ihm vorgelegten Vollmacht von dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. „nur für die Beweisaufnahme" substituiert und daher nach Ansicht der Civilkammer zum Abschluß des Vergleiches nicht ermächtigt war.

Die vom Kl. hiegegen erhobene sofortige Beschwerde ist nach § 793 C.P.O. an sich zulässig und rechtzeitig eingelegt, aber sachlich nicht begründet.

Wie nach § 83 C.P.O. die Prozeßvollmacht beschränkt werden kann, so kann auch die „Bestellung eines Vertreters", zu der nach § 81 C.P.O. der Prozeßbevollmächtigte befugt ist, mit der Beschränkung auf einzelne bestimmte Prozeßhandlungen erfolgen [1]). Mit Recht hat das Landgericht in seinem Beschluß aus der eben erwähnten Fassung der Untervollmacht eine Beschränkung der Vertretungsmacht des vom Prozeßbevollmächtigten des Bekl. substituierten Justizreferendärs zweiter Klasse H. auf die mit der Beweisaufnahme unmittelbar zusammenhängenden Prozeßhandlungen gefolgert und daher die Ermächtigung dieses Vertreters zum Abschluß eines Vergleiches für den Bekl. verneint. Hieraus ergibt sich, daß der abgeschlossene Vergleich für den Bekl. unverbindlich war und nur durch dessen nachträgliche Genehmigung rechtswirksam hätte werden können. Eine solche Genehmigung ist aber vom Kl. nicht dargetan und insbesondere nicht etwa daraus abzuleiten, daß der Bekl. den Vergleich vom 6. Dezember 1902 nicht widerrufen hat, obgleich ihm ein Widerrufsrecht bis 10. Dezember vorbehalten war; denn da für den Bekl. die Abmachungen seines Vertreters in keiner Weise verbindlich waren, konnte er dadurch nicht zur Abgabe einer Willenserklärung mit der Wirkung verpflichtet werden, daß aus der Unterlassung der Erklärung irgendwelche Rechtsfolgen für ihn entstehen würden. Unerheblich ist daher auch, ob der Bekl. und sein Prozeßbevollmächtigter vor Ablauf der Widerrufsfrist Kenntnis von dem Vergleich

1) Gaupp-Stein C.P.O. § 81 Anm. II. c., α., § 83 Anm. III.

erhielten oder nicht.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 27. Januar 1903 i. S. Schnell g. Decker.

33.

Geltendmachung der Folgen des Verzugs in Lieferung einer Ware, die nach ihrer Natur nur innerhalb bestimmter Frist geliefert werden kann.

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Bezüglich der in den drei Monaten Januar bis März 1897 zu wenig gelieferten 16 oder 18 Wagen mag Klin. in Verzug geraten sein. Aber die Bekl. hat vom 13. Februar an bis zu Ende der Lieferzeit kein Lebenszeichen mehr von sich gegeben, vielmehr bis zu ihrem Brief vom 28. Juni 1897 geschwiegen. Nun ist zu erwägen, daß es sich bei dem Lieferungsvertrag der Parteien um die Gaskokes der Produktion der Remscheider Gasanstalt vom 1. April 1896 bis 31. März 1897, also um die in einer festbestimmten Zeit gewonnenen Erzeugnisse, handelte. Der Natur der Sache nach konnten solche Kokes nicht beliebig lang nach Ablauf der Lieferzeit geliefert werden; Bekl. selbst geht in ihrem Brief vom 28. Juni 1897 davon aus, daß jetzt die Lieferung der im Vertrag bedungenen Ware nicht mehr möglich sei; denn sie fragt hier, welches Produkt Klin. als Ersatz zu liefern im Stand sei. Wenn aber in einem derartigen Fall, wo die Lieferung sich innerhalb eines festbestimmten Zeitraums vollziehen soll und die zu liefernde Ware nach Ablauf dieses Zeitraums, wie beide Vertragsteile wissen, nicht mehr vorhanden ist, der Käufer auf Nachlieferung der rückständigen Bezüge bestehen will, muß er dies nach Treu und Glauben dem Verkäufer entweder innerhalb der Lieferzeit oder doch unmittelbar nach deren Ablauf mitteilen, und das

Gleiche gilt in betreff des Verkäufers, der auf der Abnahme des nicht bezogenen Teils der Lieferung bestehen will. Schweigen beide Teile in einem derartigen Fall bis zum Ablauf der Lieferzeit und längere Zeit nachher, so läßt sich das nicht anders auffassen, als daß beiderseits darauf verzichtet wird, die rückständige Ware noch nachträglich zu beziehen bezw. zu liefern, und falls je ein solcher Verzichtswille nicht vorhanden sein sollte, müssen sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beide Teile so behandeln lassen, als hätten sie auf Bezug bezw. Abnahme der rückständigen Ware verzichtet[1]).

Wenn daher Klin. Ende Juni 1897 mit dem Verlangen hervorgetreten wäre, Bekl. solle nunmehr die während der vertragsmäßigen Lieferungszeit nicht bezogenen 46 oder 48 Kokeswaggons beziehen, so wäre Bekl. berechtigt gewesen, dieses Verlangen mit dem Hinweis darauf abzulehnen, daß bezüglich dieser Wagen der Vertrag als stillschweigend aufgelöst zu gelten habe. Umgekehrt war aber auch Bekl. ihrerseits nicht berechtigt, nachdem sie seit 13. Februar 1897 keine Lieferung mehr verlangt hatte, plötzlich nahezu drei Monate nach dem Ende des vertragsmäßigen Lieferungsjahrs das Ansinnen zu stellen, Klin. solle ihr die zur Zahl von 100 Wagen fehlenden Wagen nachträglich liefern.

Konnte aber Bekl. am 28. Juni 1897 betreffs der eben erwähnten 46 oder 48 Wagen nicht mehr Vertragserfüllung verlangen, und hat Klin. dieses Verlangen in ihrem Brief vom 6. Juli 1897 mit Recht abgelehnt, so kann selbstverständlich Bekl. auf diese Erfüllungs-Weigerung keinen Schadensersatzanspruch stützen.

Urteil des ersten Civilsenats vom 9. Mai 1902 i. S. Vohwinkel g. Groß.

34.

Was ist unter einem „Mangel im Recht" zu verstehen?

In das vom Kläger unter der Firma „Gebrüder A. in

1) Staub, Kom. zum H.G.B. 2. Aufl., § 31 zu Art. 354; § 13 zu Art. 337; R.G. 1. Nro. 31 S. 64.

St." als Alleininhaber betriebene Eisenwarengeschäft ist der Beklagte mit Vertrag vom 11. Juli 1900 als „aktiver Teilhaber" (offener Handelsgesellschafter) eingetreten. Am 9. August des folgenden Jahres ist der Kläger aus dieser Gesellschaft ausgetreten und hat der Beklagte das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven allein übernommen; nach Ziff. I dieses Vertrags hat Kläger „seinen Geschäftsanteil mit allen Rechten und Klagen an den Bekl. für die Summe von 60 000 M. käuflich abgetreten". Hieran sind 30 000 M. sofort bar bezahlt worden, die anderen 30 000 M. sollten nach Ziff. II des Vertrags auf 15. November 1901 bar bezahlt werden, der Bekl. hat aber am genannten Tag nur die Hälfte dieser Summe bezahlt, die Zahlung des Rests verweigert. Im Urkundenprozeß ist Bekl. unter Vorbehalt seiner Rechte zur Bezahlung der 15 000 M. verurteilt worden, im Nachverfahren hat Bekl. beantragt, seine Verurteilung zur Bezahlung der 15 000 M. nur mit der Beschränkung auszusprechen, daß er zur Zahlung erst verpflichtet sei, nachdem ihm Kl. entweder Sicherheit dafür geleistet habe, daß zwei Gläubiger der Firma Gebr. A. ihn nicht in Anspruch nehmen, oder nachdem Kl. die Befreiung des Bekl. von den Ansprüchen jener beiden Gläubiger bewirkt habe. Das im Urkundenprozeß ergangene Urteil ist aber vom Berufungsgericht aufrecht erhalten worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Bei dem Umstand, daß der Austritt des Kl. aus der mit dem Bekl. geführten Gesellschaft nicht dem (nach § 105, Abs. 2 H.G.B. auch auf offene Handesgesellschaften und zwar entsprechend H.G.B. § 142 auch auf eine aus nur 2 Teilhabern bestehende Gesellschaft anwendbaren) § 738 B.G.B. entsprechend geregelt, sondern — was bei der nachgiebigen Natur der in § 738 enthaltenen Vorschriften den Parteien freistand — als Verkauf des Geschäftsanteils des Kl. an den Bekl. um die als Kaufssumme aufgefaßte Abfindungssumme be-

zeichnet worden ist, hat der vorige Richter geglaubt, das vom Bekl. beanspruchte Zurückbehaltungsrecht aus dem Gesichtspunkt ableiten zu können, daß die für den Bekl. fortbestehende persönliche Haftbarkeit gegenüber den Gläubigern N. und L. als eine auf dem vom Kl. verkauften Handelsvermögen haftende Last und deshalb als ein „Mangel im Recht" des Verkäufers gelten müsse, wegen dessen der letztere gemäß B.G.B. § 445, 434. 440 dem Käufer Gewähr zu leisten habe und der Käufer nach § 328 B.G.B. die Bezahlung des Kaufpreises bis zur Bewirkung dieser Gewährleistung zurückzuhalten befugt sei.

Man kann davon absehen, daß auch bei dieser Auffassung die Einbehaltung der geklagten Zahlung nach § 320 (Worte: „Es sei denn" u. s. w.) deshalb nicht begründet wäre, weil, wie gezeigt, nach Wortlaut und Sinn des Trennungsvertrags vom 9. August (somit des Kaufvertrags) der Beklagte zur Vorleistung verpflichtet ist; denn die erwähnte Auffassung kann auch an sich nicht als richtig erkannt werden.

Zwar steht der Zulässigkeit des von den Parteien vereinbarten Verkaufs des Gesellschaftsanteils des einen an den andern Gesellschafter behufs Auflösung der Gesellschaft weder B.G.B. § 311 noch § 719 entgegen (wie aus § 717 letzter Fall und H.G.B. § 135, 141 sich ergibt); aber der Umstand, daß von den Geschäftsgläubigern N. und L. der Bekl. vermöge seines früheren Eintritts als offener Handelsgesellschafter des Klrs., gemäß § 28 H.G.B. persönlich in Anspruch genommen werden kann, kann nicht als ein Mangel in dem vom Kl. dem Bekl. veräußerten Recht oder Handelsvermögen im Sinne des B.G.B. § 434, 439. 442, 443 gelten, da diese Haftbarkeit des Bekl. nicht als eine auf dem übertragenen Handelsvermögen des Kl. ruhende Last erscheint, vielmehr unabhängig von diesem Vermögen und dessen hälftigem Uebergang auf den Bekl. durch die Tatsache allein begründet worden ist, daß er als offener Handesgesellschafter des Kl. sich geführt und die bezüglich jener beiden Gläubiger mit seinem Teilhaber getroffene abweichende Vereinbarung diesen weder mit-

geteilt, noch öffentlich bekannt gemacht hat; jene Haftbarkeit hat auch nicht etwa eine dingliche Belastung seines Handelsvermögens oder des vom Kl. übernommenen Anteils daran herbeigeführt, sondern seine Person ergriffen (H.G.B. § 128) und damit sein ganzes Handels- wie Privatvermögen dem Vollstreckungszugriff jener Gläubiger ausgesetzt; aber auch dieses letztere Verhältnis kann bekanntlich nicht als pfandrechtliche oder pfandähnliche Verhaftung seines Vermögens gelten, weil es an sich — vor der wirklich verfügten Pfändung oder Beschlagnahme — keine dingliche gegen Dritte wirkende Belastung weder seines ganzen Vermögens noch eines einzelnen Bestandteils desselben darstellt, und darum nicht den in § 434 gemeinten „Rechten dritter" beigezählt werden kann.

Urteil des ersten Civilsenats vom 27. Juni 1902 i. S. Stähle g. Caro.

35.

Zum Begriff des „arglistigen Verschweigens" eines Mangels (§ 443 B.G.B.).

Die Kl. haben einen Kaufvertrag, wodurch sie von der Bekln. ein zum Wirtschaftsbetrieb eingerichtetes Haus zum Zweck des Wirtschaftsbetriebs gekauft haben, wegen arglistiger Täuschung seitens der Bekln. angefochten, indem sie geltend machten: Bekl. habe in betreff der zwischen ihrem und dem Nachbar-Haus befindlichen, 2,90 Meter breiten Einfahrt behauptet, diese Einfahrt gehöre ganz zu ihrem Haus, während sie in Wirklichkeit nur in der Breite von 0,58 Meter zum Haus der Bekln. gehört habe, jedenfalls habe ihnen Bekl. die letztere, ihr wohlbekannte Tatsache arglistig verschwiegen. In letzterer Beziehung sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Von dieser Sachlage (nämlich daß die Einfahrt nach

einer ihr von 2 Felduntergängern gemachten Mitteilung nur in der Breite von 58 cm zu ihrem Haus gehöre) war Bekl. einem Kaufsliebhaber ihres Hauses Kenntnis zu geben verpflichtet. Denn einerseits mußte ein solcher, wenn ihm nichts Gegenteiliges gesagt wurde, annehmen, jene Einfahrt gehöre zum Haus Nr. 87, dessen Zugang sie bildet (Bekl. selbst sagt ja: diese Annahme sei so selbstverständlich gewesen, daß die Angabe des Zeugen M., er habe gefragt, ob „der Hof" zum Haus der Bekl. gehöre, ganz unglaubhaft sei), andererseits konnte auch die Beklagte nicht im Zweifel darüber sein, daß ein Käufer eine Wirtschaft mit einem derart schmalen Zugang nicht oder jedenfalls nicht um den gleichen Preis kaufen wird, wie wenn die ganze Einfahrt zum Haus gehören würde oder doch benützt werden dürfte. Bekl. war daher verpflichtet, dem Kaufsliebhaber, auch wenn er keine Frage in dieser Richtung an sie stellte, von diesem erheblichen Mangel des Hauses, den er nicht ahnen konnte, Mitteilung zu machen und wenn sie den Mangel, obwohl sie sich seiner bewußt war, verschwiegen hat, so hat sie sich einer arglistigen Täuschung des Käufers schuldig gemacht [1]). Hieran würde es nichts ändern, wenn Bekl. an der Richtigkeit dessen, was ihr die Untergänger L. und St. gesagt hatten, gezweifelt hätte; denn darüber war sich Bekl. selbstverständlich infolge jener Mitteilung klar, daß ihr Recht an der ganzen Einfahrt zum mindesten fraglich war, und das mußte sie dem Käufer erklären, wobei sie anfügen mochte, sie schenke jener Mitteilung der Untergänger keinen Glauben.

Urteil des ersten Civilsenats vom 7. November 1902 i. S. Hoffmann gegen Ackermann.

---

1) Vergl. Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I. § 65 I., 1 c.; Seuffert Bd. 52 Nro. 174; 49 Nro. 149; Regelsberger: Pand. Bd. I. § 146 II.; Württ. Jahrb. 6 S. 159; Planck: B.G.B. Anm. zu § 443; Dernburg: das bürgerl. Recht. Bd. II., Abt. II., § 184 VI., 4; Staub, Anm. 124 a. E. zu § 377 H.G.B.

36.

1. Garantie und zugleich arglistige Täuschung betreffs des Bierverbrauchs in einer verkauften Wirtschaft?

2. Berechnung des Schadensersatzes im Fall eines durch falsche Vorspiegelung über den Bierverbrauch verübten Betrugs?

Bekl. hat gegenüber einer unbestrittenen Forderung der Klin. eine angebliche Schadensersatzforderung von 3150 M. aufgerechnet, indem er geltend machte: Klin. habe ihm beim Verkauf ihrer Wirtschaft an ihn erklärt: der Bierverbrauch betrage täglich 300 Liter, er habe aber trotz guter Geschäftsführung (wofür Beweis angetreten wurde) während der ganzen Pachtzeit durchschnittlich kaum 200 Liter Bier täglich verbraucht. Das ergebe — bei einem Gewinn von 7 Pf. am Liter — gegenüber dem zugesagten Erlös einen Mindererlös von täglich 7 M., also von 3150 M. für die ganze Pachtzeit; mit dieser Schadensersatzforderung rechne Bekl. gegen die Klagforderung auf. In den

Gründen

des den Bekl. nach dem Klagantrag verurteilenden Erkenntnisses ist u. a. gesagt:

Bekl. macht geltend: Klin. habe ihn arglistiger Weise durch bewußt unwahre Angaben über die Höhe des Bierverbrauchs in der in Rede stehenden Wirtschaft zum Abschluß des Pachtvertrags bestimmt. Wenn Bekl. dieser Behauptung die Wendung gibt, Klin. habe ihm einen Bierverbrauch von täglich durchschnittlich 300 Liter „zugesagt", „garantiert", so liegt darin ein gewisser Widerspruch gegenüber der Behauptung einer „arglistigen Täuschung": denn hätte Klin. den bezeichneten Bierverbrauch garantiert d. h. hätte sie erklärt, dafür aufkommen zu wollen, daß Bekl. aus Bierabsatz mindestens 300 × 24 Pf. täglich einnehme, so war Bekl. augenscheinlich nicht geschädigt, wenn er eine solche Einnahme in

Rechnung nahm, denn die (zahlungsfähige) Klin. wäre ja diesfalls vertragsmäßig kraft ihrer Zusage verpflichtet gewesen, ihm den Unterschied zwischen der wirklichen und der zugesagten Einnahme aus Bier zu ersetzen; von einer arglistigen Täuschung könnte diesfalls kaum die Rede sein.

Wollte man aber je der Klin. eine arglistige Täuschung des Bekl. über den bisherigen Bierverbrauch und den künftig in der Wirtschaft zu erwartenden zur Last legen, so könnte der Schaden des Bekl. keineswegs so berechnet werden, wie dies der Bekl. tut. Bekl. verlangt Ersatz des Unterschieds an Gewinn, der sich bei einem Bierverbrauch von 200 Litern täglich gegenüber einem solchen von 300 Litern täglich ergibt, mit 7 M. für den Tag: eine solche Berechnung wäre nur zulässig, wenn Klin. dem Bekl. dafür Garantie geleistet hätte, daß er während seines Wirtschaftsbetriebs täglich 300 Liter absetze und somit täglich (im Durchschnitt) am Bier 21 M. verdiene. Von einer solchen Garantie-Uebernahme ist aber, wie oben [1]) gezeigt worden ist, keine Rede. Kommt aber die Angabe eines täglichen Bierverbrauchs von durchschnittlich 300 Litern nur in sofern in Betracht, als sie für den Bekl. ein Bestimmungsgrund dafür gewesen sein soll, einen Pachtzins in Höhe von 5000 M. zu bewilligen, so läßt sich der durch diese angebliche falsche Angabe dem Bekl. verursachte Schaden nur in der Weise ermitteln (oder schätzen), daß festgestellt wird, wie viel weniger als 5000 M. Pachtzins Bekl. mutmaßlich bewilligt hätte, falls ihm der bisherige tägliche Bierverbrauch wahrheitsgemäß angegeben worden wäre. In dieser Richtung hat aber Bekl. überhaupt keine Behauptung aufgestellt und das Gericht ist in Ermanglung aller tatsächlichen Anhaltspunkte nicht in der Lage, im Weg der Schätzung von sich aus den Pachtzins, den der Bekl. bei wahrheitsgemäßer Angabe des Bierverbrauchs bewilligt (bezw. über den er sich diesfalls mit der Klin. geeinigt) hätte, und im Anschluß hieran den Schaden festzu-

1) In dem nicht abgedruckten Teil der Gründe.

stellen, den der Bekl. etwa zufolge der angeblichen falschen Mitteilung der Klin. erlitten haben könnte.

Urteil des ersten Civilsenats vom 2. Mai 1902 i. S. Häußer g. Schleicher.

37.

1. Besteht ein Vertragsverhältnis zwischen einem (württ.) Posthalter und den Reisenden, die in den von ihm laut Vertrag mit der Postverwaltung gestellten Postwagen befördert werden?

2. Zur Auslegung des § 833 B.G.B.

Der Bekl. hat durch Vertrag mit der K. Postverwaltung die Ausführung der Postwagenfahrten zwischen G. und W. übernommen. Hiebei liegt dem Bekl. im wesentlichen die Instandhaltung des Postfuhrwerks, die Anschaffung und Unterhaltung der Postpferde, die Anstellung und Entlohnung der Postillone ob, während der Postverwaltung die Erhebung der Personen- und Reisegepäcktaxen, welche übrigens die Postanstalt nachher dem Bekl. auszufolgen hat, zukommt, auch die Postillone vom Augenblick des Antritts einer Postdienstleistung an dem Befehl der Postbehörde unterstellt sind; der Bekl. hat der Postverwaltung für den ihr durch Handlungen oder Unterlassungen der Postillone und durch Gestellung diesfuntüchtiger Pferde sowie mangelhaften Fuhrwerks und Geschirrs entstehenden Schaden zu haften.

Am Abend des 21. März 1900 ist der mit zwei dem Beklagten gehörigen Pferden bespannten und von dem durch den Bekl. angestellten Postillon K. gelenkte Personenpostwagen der Strecke W.—G. umgestürzt. Hiebei wurde der Vater der Kl., der sich im Wagen befand, getötet. Die gegen den Bekl. erhobene Schadensersatzklage wurde u. a. auf § 278 und 833 B.G.B. gestützt. Diese Klagegründe wurden für nicht stichhaltig erklärt.

Gründe.

Daß der verstorbene St. durch die Lösung des Fahrscheins für die Fahrt von D. nach G. nicht in ein Vertragsverhältnis zu dem Bekl., sondern nur in ein solches zur Postverwaltung getreten ist, und daß daher eine Haftung des Bekl. aus B.G.B. § 278 nicht in Frage kommen kann, hat der Unterrichter in zutreffenderweise ausgeführt. Bekl. hat sich eben nicht zur Erfüllung einer ihm gegenüber dem St. obliegenden Verbindlichkeit des Postillons K. bedient; sondern es hat sich die Postverwaltung des Bekl. behufs Erfüllung der ihr gegenüber dem St. obliegenden Verpflichtung zur Beförderung desselben von D. nach G. und der Bekl. seinerseits wieder behufs Erfüllung seiner der Postverwaltung gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Bewirkung des Transports des Postillons K. bedient. Der Vertrag, durch welchen Bekl. der Postverwaltung sich zur Erfüllung der von dieser den Reisenden gegenüber einzugehenden, deren Beförderung betreffenden Verpflichtungen verbindlich gemacht hat, ist der sog. Fahrleistungsvertrag. Wenn es in diesem Vertrag heißt, daß der Bekl. sich verpflichte, die Postverbindungsfahrten auf eigene Rechnung zu unterhalten und mittels derselben .... Reisende .... zu befördern, so wäre es unrichtig, hierin etwa eine Vereinbarung dahin zu erblicken, daß Bekl. seinerseits mit den Reisenden die Verträge über deren Beförderung abzuschließen habe. Vielmehr ist es auch hier — gleichwie in dem Fall, wenn die Postverwaltung in ihren eigenen Wagen, mit ihren eigenen Pferden und durch die von ihr angestellten Postillone die Reisenden befördert — die Postverwaltung, welche in eigenem Namen mit den Reisenden die Beförderungsverträge abschließt. Dies erhellt deutlich auch aus den sonstigen Bestimmungen des Fahrleistungsvertrags und der einen Bestandteil desselben bildenden Postfuhrordnung. Insbesondere ist in ersterem die Erhebung der Taxe von den Reisenden (und damit der Abschluß des Beförderungsvertrags) der Postanstalt vorbehalten, und nach letzterer steht der Postverwaltung nicht bloß im allgemeinen

die Aufsicht über den Betrieb des Postfuhrdienstes zu, sondern es sind speziell auch die Postillone von dem Augenblick an, wo sie eine Postdienstleistung angetreten haben, unter dem Befehl der Postbehörden und der im Dienst befindlichen Postbeamten gestellt: vor allem aber kommt durch die auf die Haftung des Postfuhrunternehmers bezüglichen Vorschriften (§ 19 der Postfuhrordnung) klar zum Ausdruck, daß dem Publikum, den Reisenden gegenüber nicht der Postfuhrunternehmer, sondern die Postverwaltung für die Erfüllung der aus dem Beförderungsvertrag entstehenden Verpflichtungen haftet und daß nur Letzterer gegen den Postfuhrunternehmer ein Anspruch auf Schadloshaltung eingeräumt ist (vgl. hiezu auch § 71 Ziff. I der früheren württ. Postordnung vom 27. Juni 1892, bezw. § 70 Ziff I der neuen württ. Postordnung vom 21. Mai 1900, wo — ohne Unterscheidung zwischen den von der Postverwaltung unmittelbar und den durch Postfuhrunternehmer ausgeführten Postwagenfahrten — die durch die Annahme des Reisenden eingegangene Verbindlichkeit zur Beförderung als der Postanstalt obliegend bezeichnet wird).

Auch dem Versuch der Kl., ihren Anspruch auf B.G.B. § 833 zu stützen, mußte der Erfolg versagt werden.

Nach der Behauptung der Kl., soll der Umsturz des Postwagens dadurch verursacht worden sein, daß Postillon K. nicht auf die Pferde geachtet habe und daß diese infolge hievon auf einen an der linken Seite der Straße befindlichen Haufen Beschotterungssteine hinaufgelaufen seien.

Wenn nun auch eine Haftung des Bekl. aus § 833 nicht schon deshalb ausgeschlossen erscheint, weil nach 834 des B.G.B. der Postillon K., welcher vom Bekl. zweifellos die Führung der Aufsicht über die Pferde während der Fahrten durch seinen Anstellungsvertrag übernommen hatte, verantwortlich ist[1]), so ist doch — wie der Unterrichter mit Recht

1) Vgl. hiezu B.G.B. § 840; Planck, B.G.B. Bem. 2 c zu § 833 und Bem. 1 zu § 840; a. M. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts § 202 Note 10.

hervorhebt — § 833 auf den gegenwärtigen Fall aus dem Grunde unanwendbar, weil nicht anzunehmen ist, daß St., falls überhaupt sein Tod auf den Umsturz des Postwagens zurückzuführen sein sollte, durch die Pferde des Bekl. getötet worden ist. Zwar sind bei Zugrundelegung der klägerischen Darstellung des Vorfalls die Bewegungen des Fuhrwerks, welche unmittelbar dessen Umsturz nach sich gezogen haben, als von den Pferden des Bekl. ausgegangeu anzusehen. Allein § 833 setzt eine selbständige, willkürliche Tätigkeit des Tiers voraus. Dies trifft aber bei einem Tier, insolange es nur der Führung eines Menschen folgt und soweit es hiebei Schaden anstiftet, nicht zu; vielmehr ist das Tier in dieser Zeit und insoweit lediglich Werkzeug seines Führers, und der auf die Art und Weise der Lenkung des Tiers zurückzuführende Schaden ist nicht durch das Tier, sondern eben durch den Führer verursacht [1]). Sollten nun auch, wie die Kl. behaupten, in vorliegendem Fall die Pferde, weil der Postillon K. nicht auf sie geachtet habe, auf den Steinhaufen hinaufgelaufen sein, so haben sich doch die Tiere fortdauernd im Bereich der Führung und Leitung des Postillons befunden, und der Umsturz des Wagens wäre daher selbst nach der kläg. Schilderung eben nur durch die nachlässige Lenkung der Pferde seitens des Postillons herbeigeführt worden.

Zwischenurteil des zweiten Zivilsenats vom 19. Juni 1902 i. S. Steck g. Bulling.

38.

Zur Auslegung des § 836 B.G.B.

Der ledige Fabrikarbeiter K. N. von R. ist am 10. August 1901 in der dem Bekln. gehörigen Scheuer und zwar

1) Vgl. Entsch. des Reichsger. vom 10. Februar 1902 in Jur. Wochenschr. S. 205.

in dem Scheuernteil, den der Bekl. an den Ausscheller A. von R. vermietet hatte, dadurch verunglückt, daß ein Brett des Scheuerbodens, auf welches er bei der Arbeit des Garbenaufladens auftrat, beim Auftreten mit ihm durchbrach, worauf er durch die entstandene Oeffnung im Boden hindurchstürzte und infolge des Sturzes den Tod erlitt. Ein unehelicher Sohn des Verunglückten hat gegen den Bekl. als den Eigenbesitzer der Scheuer Klage auf Ersatz des ihm durch den Tod des R. zugegangenen und künftig zugehenden Schadens erhoben und diesen Anspruch auf § 836 B.G.B. gestützt. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Der § 836 des B.G.B.'s macht den Eigenbesitzer eines Gebäudes für Schaden haftbar, welcher entstanden ist durch den Einsturz eines Gebäudes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes, wenn die objektiv fehlerhafte Beschaffenheit desselben den Einsturz oder die Ablösung ursächlich herbeigeführt hat. Zur Begründung der Klage bedarf es nicht des Nachweises eines Verschuldens des Bekl., sondern allein des im Gesetz festgesetzten objektiven Sachverhalts.

Dieser Sachverhalt ist hier gegeben.

Das Brett, dessen Durchbrechen den Sturz und damit den Tod des R. verursacht hat, bildet in der Zusammensetzung mit andern auf Querbalken aufgelegten und fest an einander gefügten Brettern den oberen Boden der Scheuer, somit einen Teil des Scheuergebäudes. Dadurch, daß das Brett durchgebrochen ist, hat sich ein Teil des Bodens aus seinem Zusammenhang abgelöst, und es hat eben die Ablösung des Bodenteils das Unglück verursacht.

Die Ursache des Durchbrechens des Bretts war — wie auf Grund des Augenscheins und der gutächtlichen Aeußerungen der beiden Sachverständigen festgestellt werden kann — das Zusammenwirken der fehlerhaften Beschaffenheit des gebrochenen Brettes und der fehlerhaften Anlage des Bodens in seiner Zusammenfügung. Einmal war nach dem auf den Augenschein gestützten Befund der Sachverständigen das ge-

brochene Brett wie der ganze umgebende Belag durch Wurmfraß zerrüttet. Sodann ſtellt der Sachverſtändige W. als einen Mangel des Bodens feſt, daß die Bretter auf dem Stoß ungleichmäßig aufgelegt waren und zwar ſo, daß die Auflage der Bodenbretter auf der Seite der Durchbruchſtelle das zu geringe Maß von 5—6 cm hatte. Der erſtere Mangel, deſſen ſchädliche Wirkung mit der Zeit fortſchreitet, erfordert die rechtzeitige Erneuerung der ſchadhaft gewordenen Bretter, und es gehört zur ordnungsmäßigen Unterhaltung des Gebäudes, daß für rechtzeitige Entfernung oder Erſetzung der ſchadhaft gewordenen Teile geſorgt wird. Ebenſo mag mit dem Unterrichter angenommen werden, daß die bezeichnete unrichtige Auflage der Bretter auf dem Stoß als ein Fehler in der Errichtung des Gebäudes ſich darſtellt, während die Unterlaſſung der Erneuerung wurmſtichiger Teile als eine mangelhafte Unterhaltung des Gebäudes zu bezeichnen iſt.

Der Durchbruch wäre nun allerdings — wie gleichfalls nach dem Gutachten des Sachverſtändigen W. feſtgeſtellt werden darf — nicht erfolgt, wenn nicht der Verunglückte mit ſeinem ganzen Körpergewicht auf das Brett ſtark aufgeſprungen wäre. Das Aufſpringen war ſonach die mitwirkende Urſache an dem Unglück. Dieſes Aufſpringen iſt aber keine außergewöhnliche äußere Einwirkung, ſondern fällt in den Bereich der gewöhnlichen, ordnungsmäßigen Benützung des Gebäudes, wie ſie die Arbeit in der Scheuer mit ſich bringt. Das Geſetz verlangt aber nicht, daß die objektiv fehlerhafte Beſchaffenheit des Gebäudes die alleinige Urſache des Schadens iſt; es genügt, wenn ſie als Urſache mitgewirkt hat.

Der Bekl. haftet hienach für den entſtandenen Schaden als Eigenbeſitzer der Scheuer bis zum Nachweis ſeines Nichtverſchuldens; er wird von der Haftung frei, wenn er beweiſt, „daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zum Zweck der Abwendung der Gefahr beobachtet hat".

Dieſer Beweis iſt von dem Bekl. erbracht.

Die als Urſache des Durchbrechens feſtgeſtellten Mängel

— Wurmstichigkeit und fehlerhafte Auflage am Stoß — sind Mängel, welche nicht offen daliegen und es ist, wie der Sachverständige W. sagt, für den Nichtsachverständigen nicht leicht, derartige Mängel aufzudecken. Auf der Oberfläche des Bodens läßt sich nicht sehen, wie weit die Bretter am Stoß auf den Tragbalken aufliegen; und es ist einleuchtend, daß der Nichtbauverständige ohne besonderen Anlaß nicht auf den Gedanken kommen wird, den Boden darauf zu untersuchen, ob die Bretter am Stoß richtig aufliegen. Auch hat der Beklagte mit Recht darauf hingewiesen, daß die Entdeckung dieses Fehlers von dem Nichtsachverständigen um so weniger zu erwarten ist, als tatsächlich auch der vom Gericht beigezogene Sachverständige K. an diesen Fehler nicht gedacht und ihn nicht wahrgenommen hat. Bezüglich der Wurmstichigkeit ist der Sachverständige K. der Ansicht, daß die vorhandenen Reste des gebrochenen Brettes nicht den Schluß zulassen, daß der Scheuereigentümer hätte Verdacht schöpfen müssen, weil die Wurmstiche an der Oberfläche wenig sichtbar sind; auch betont er, daß die Wurmstichigkeit von unten her bei der hohen Lage des Bodens nicht zu erkennen war. Der Sachverständige W. nimmt als feststehend an, daß der Boden bei der Durchbruchstelle mit mehr oder weniger durch Wurmfraß zerrütteten Brettern belegt war; er spricht sich aber trotzdem dahin aus, es sei für den Besitzer oder Pächter der Scheuer außerordentlich erschwert gewesen, die schadhaften Stellen am Bodenbelag zu entdecken, weil die wurmstichigen Stellen bei der beträchtlichen Höhe des Bodens über der Tenne von unten her nicht gesehen werden konnten, die Oberfläche aber durch Staub und Abfälle von Heu, Oehmd und Stroh bedeckt gewesen sei, überdies der dichte Belag des Bretterbodens ein Erkennen wurmstichiger Stellen beeinträchtigt habe. Im übrigen erklärt der Sachverständige W., es sei der Boden, so wie er sich äußerlich darstellt, im allgemeinen wohl erhalten, und namentlich der Belag dicht und pünktlich gewesen.

Bei dieser Sachlage erscheint die Behauptung des Be-

klagten, daß er zur Zeit des Unglücksfalls von dem Vorhandensein der beiden Mängel — der Wurmstichigkeit und der fehlerhaften Auflage — keine Kenntnis gehabt habe, durchaus glaubhaft. Ebenso verdient auch die Behauptung des Beklagten an sich vollen Glauben, daß er nicht gewußt habe, daß die Beschaffenheit des Bodens Anlaß zur Befürchtung gebe, es seien verborgene Mängel vorhanden.

Wenn der Eigentümer eines Scheuergebäudes die Scheuer oder Teile derselben an Dritte vermietet, so ist es im Verkehr üblich, daß er die Räume vor der Ueberlassung derselben an den Mieter mit diesem besichtigt und sich überzeugt, daß das Gebäude so beschaffen ist, daß es ohne Gefahr dem bestimmungsgemäßen Gebrauch durch den Mieter übergeben werden kann. Dagegen kann es nicht als üblich bezeichnet werden, die Besichtigung während der Mietzeit ohne besonderen Anlaß zu wiederholen, jedenfalls dann nicht, wenn die Art der Benützung des Gebäudes eine gefahrbringende Veränderung der Gebäudeteile nicht erwarten läßt, wie dies bei der Vermietung einer Scheuer zur Aufbewahrung landwirtschaftlicher Erzeugnisse zutrifft, auch die Miete nicht so lange dauert, daß schon der Zeitablauf eine solche Veränderung am Gebäude nach regelmäßigem Verlauf mit sich bringt. Eine solche wiederholte Besichtigung ist auch nicht erforderlich; denn der Vermieter darf sich darauf verlassen, daß ihm der Mieter schon im eigenen Interesse von dem Bemerktwerden einer Schadhaftigkeit am Gebäude Kenntnis geben wird, zumal der Mieter durch den fortdauernden Gebrauch der Sache in den Stand gesetzt ist, die Schäden rechtzeitig zu erkennen, soweit die Entdeckung für den Nichtsachverständigen möglich ist.

Nach dem Zeugnis des Mieters A. steht fest, daß der Bekl. nach der Vermietung an A. mit diesem den vermieteten Scheunenteil, insbesondere auch die durchbrochene Stelle, besichtigt hat, ohne daß einer von ihnen eine schadhafte Stelle gefunden hätte. An der Wahrheit dieser Aussage zu zweifeln, liegt kein Grund vor. Nicht erwiesen ist, daß die vor-

genommene Besichtigung eine derart eingehende und gründliche war, wie sie notwendig war, um die etwa vorhandenen Mängel zu entdecken. Hiezu hätte nach der Aeußerung des Sachverständigen K. gehört, daß der Besichtigende, nötigenfalls unter Zuhilfenahme einer Lampe, durch Besichtigen, Gehen und Treten die Bodenbretter sondierte; der Bekl. hätte dann weiter, wenn er bei dieser Besichtigung etwas Verdächtiges bemerkt hätte, einen Sachverständigen beiziehen müssen, der etwa unter Anwendung scharfer Instrumente die Mängel hätte feststellen können. Der Sachverständige K. bemerkt hiezu, eine solche genaue Untersuchung der Böden wäre zwar bei einer Neuvermietung seines Erachtens am Platz, geschehe aber in der Regel nicht. Sie ist auch in Wirklichkeit, wie das Berufungsgericht unter Würdigung der Verhältnisse festgestellt hat, im Verkehr nicht üblich und nicht erforderlich; jedenfalls dann nicht, wenn, wie hier der Fall war, der äußere Zustand des Scheuerbodens sich als im allgemeinen wohl erhalten gezeigt hat. Der normale Verkehr verlangt nur diejenige Sorgfalt, welche im richtigen Verhältnis zu dem zu erreichenden Zweck steht: es würde aber einen unverhältnismäßigen Aufwand an Mühe und Zeit erfordern, das Gebäude in allen seinen Teilen (da doch die Untersuchung nicht auf einzelne Gebäudeteile beschränkt werden könnte) in der Weise gründlich zu untersuchen, wie dies der Sachverständige im Auge hat; auch wäre es für die Regel zwecklos, ein äußerlich wohl erhaltenes Gebäude in solcher Weise zu durchsuchen. Wenn bei der Gebäudebesichtigung der Eigentümer sich darauf beschränkt, durch die Räume zu gehen oder Umschau zu halten, ob äußerlich keine Schäden erkennbar sind, so erfüllt er das, was der normale Verkehr von ihm als dem Eigentümer und Vermieter eines Gebäudes unter den vorliegenden Verhältnissen erfordert. Es ist nicht bloß eine im tatsächlichen Verkehr eingerissene Nachlässigkeit und Unsitte, wenn er eine gründlichere Untersuchung aller einzelnen Gebäudeteile unterläßt, auch nicht von vornherein einen Bauverständigen beizieht.

Mit der Besichtigung der Scheuer vor der Uebergabe an den Mieter A. hat der Beklagte den hienach an ihn zu stellenden Anforderungen an Sorgfalt genügt, nachdem ihm der allgemeine Zustand der Scheuer eine Veranlassung zur eingehenden Besichtigung und Untersuchung einzelner Teile nicht gegeben hatte, ebenso wenig dazu, von vornherein einen Bauverständigen beizuziehen.

Denn es war, wie der Sachverständige W. hervorhebt, die allgemeine Beschaffenheit des Scheuerbodens in Ordnung und der Wurmfraß nur aus besonderen Gründen — dichter Abschluß des Bodens, nicht genügendes Austrocknen der Bodenbretter vor dem Verlegen — zu erheblicher Ausdehnung gelangt; Umstände, welche dem Bekl. entgehen konnten, ohne daß ihm darum ein Mangel an Sorgfalt zur Last gelegt werden kann.

Zur Vornahme einer gründlichen Untersuchung und zur Beiziehung eines Bauverständigen hatte der Bekl. um so weniger Anlaß, als auch die jährlich zweimal stattfindende behördliche Feuerschau, zu deren Aufgabe es gehört, auf Mängel der Gebäude zu achten, welche die Gesundheit oder Sicherheit gefährden (K. V.O. vom 21. Dez. 1876 §§ 35 u. 41) nicht in der Lage war, die Mängel zu entdecken.

Hienach steht fest, daß der Beklagte diejenige Sorgfalt aufgewendet hat, welche von ihm als dem nicht bauverständigen Eigentümer und Vermieter der Scheuer nach der Anschauung des Verkehrs erfordert werden muß, um die Gefahr eines Bruches von Teilen des Scheuergebäudes abzuwenden.

Damit wird er von der ihm durch § 836 des B.G.B.'s auferlegten Ersatzpflicht befreit.

Urteil des I. Civilsenats vom 21. Oktober 1903 i. S. Herbert gegen Gulde.

39.

Zu § 1 und 13 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und § 37 Abs. 2 H.G.B.

Die beklagte Firma hat seit August 1901 ihre in Zei-

tungen und Zeitschriften erscheinenden Geschäftsankündigungen mit der Unterzeichnung: „I. Filderſauerkrautfabrik H. B. in B." oder „H. B. I. Filderſauerkrautfabrik B." veröffentlicht.

Die kläg. Firma hat nun mit der Klage verlangt:

1. daß die Beklagte den Gebrauch des Zuſatzes „erſte" in Ziffer oder Buchſtaben zu ihrer Firma „Filderſauerkrautfabrik" zu unterlaſſen habe,

2. daß ſie in öffentlichen Bekanntmachungen und Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Perſonen beſtimmt ſind, die unrichtige Angabe, ſie ſei die „erſte" Filderſauerkrautfabrik zu unterlaſſen habe.

Den Anſpruch zu 1 hat die Klägerin auf § 37² des H.G.B., denjenigen zu 2 auf § 1 Abſ. 1 des Wettbewerbgeſetzes geſtützt, zugleich hat ſie Veröffentlichungsbefugnis gemäß § 13 des gen. Geſetzes verlangt.

Das Berufungsurteil hat dem zweiten Klagantrag entſprochen, im übrigen aber die Klage abgewieſen.

Aus den

Gründen:

Wenn die Bezeichnung des Geſchäfts der Beklagten als „I. Sauerkrautfabrik" im Sinne einer Zeitbeſtimmung, d. h. in dem Sinne, daß dasſelbe das älteſte Geſchäft, die älteſte Fabrik der Branche ſei, zu verſtehen iſt, ſo enthält ſie einer Angabe tatſächlicher Art über geſchäftliche Verhältniſſe. Sie iſt auch unter den gegebenen Umſtänden geeignet, den Anſchein eines beſonders günſtigen Angebots zu erwecken, beſonders deshalb, weil es ſich um die Geſchäfte eines durch die Oertlichkeit beſchränkten Induſtriezweigs, die Verwertung des Sauerkrauterzeugniſſes der Filder gegend handelt, welche hinſichtlich der Güte des Erzeugniſſes einen anerkannten Ruf in den Kreiſen der Konſumenten genießt. Bei der Beurteilung der Leiſtungsfähigkeit des Geſchäfts, der Güte der Ware ſpielt ſowohl die Art der Herſtellung der Ware, als auch der Bezugsort eine weſentliche Rolle, da die Güte des Produkts weſentlich von der Bodenbeſchaffenheit und ſonſtigen mit der örtlichen Lage in Zuſammenhang

stehenden Verhältnissen beeinflußt ist. Das Kaufspublikum wird mit Recht annehmen, daß die ältere, früher in Tätigkeit getretene Fabrik eher als die jüngere in der Lage war, sich die bessere örtliche Bezugsquelle zu sichern und die nötigen Erfahrungen in der Auswahl des Produkts und in der Herstellung der Ware zu sammeln. Dies um so mehr, als der in Frage stehende Industriezweig, soweit es sich um fabrikmäßige Herstellung handelt, verhältnismäßig jüngeren Datums ist.

Die Beklagte bestreitet, daß die von ihr gewählte Bezeichnung in diesem zeitlichen Sinne gemeint sei und vom Publikum aufgefaßt werde; sie will mit der Bezeichnung nur ihre geschäftlichen Leistungen als besonders hervorragend, erstklassig darstellen. Diese Auffassung konnte nicht für zutreffend erachtet werden.

Entscheidend ist nicht der Sinn, den der Ankündigende, die Beklagte, den Worten beilegt, sondern ihre objektive Bedeutung, welche durch die Auslegung der Worte vom Standpunkt desjenigen aus, an den sie gerichtet sind, also des kaufenden Publikums, gefunden werden muß.

Um die tatsächlich im Publikum herrschende Auffassung zu ermitteln, ist es nicht ohne Wert, die Ansicht der Interessenten festzustellen, welche als Konkurrenten der beklagten Firma in demselben Geschäftszweig in Betracht kommen, sofern von ihnen vorausgesetzt werden darf, daß sie mit den Anschauungen des Publikums vorzugsweise bekannt und vertraut sind. In dieser Hinsicht hat die Beweisaufnahme folgendes ergeben: Außer den Parteien bestehen in den Filderorten noch drei weitere Geschäfte, die sich als Sauerkrautfabriken bezeichnen, St. in E., W. in V., H. in M. und bestand früher das jetzt eingegangene Geschäft von Sch. in B. Alle diese haben sich „erste" Fabrik genannt, die beiden ersten, solange sie ihre Geschäfte als Gesellschaft vereinigt hatten. Sch. glaubt sich hiezu berechtigt, weil sein Geschäft der Zeit nach das älteste gewesen sei. Die andern konnten dies für ihre Geschäfte nicht in Anspruch nehmen, weil sie

in Wirklichkeit nicht die ältesten waren. Sie wollten mit der Bezeichnung „erste" überhaupt keinen Sinn verbunden, sich keine Gedanken gemacht haben, was sie bedeute. Allein sowohl St. und W. als H. haben sich dem Protest der Klägerin, die ihnen das Recht zu der Bezeichnung bestritt, weil sie selbst die älteste Fabrik sei, die andern sich deshalb nicht als die erste Fabrik bezeichnen dürfen, gefügt und das Wort „erste" nur noch in dem Zusammenhang „erste E.er Fabrik", „erste M.er Fabrik" gebraucht. Sie haben damit anerkannt, daß die Bezeichnung „erste" allerdings im Sinne der „ältesten" Fabrik verstanden werden kann. Endlich hat noch der Inhaber einer Sauerkrauthandlung in L., R., sich als Zeuge dahin geäußert, er habe die Annoncierung der Klägerin, sie sei die erste Fabrik im Sinne der ältesten Fabrik aufgefaßt. Daraus geht hervor, daß die Geschäftskonkurrenten allerdings die Bezeichnung „erste" im Sinne der Klägerin verstehen und sich bewußt sind, daß auch das übrige Publikum diesen Sinn dem Worte unterlegt.

Dieser Auffassung steht auch die gewöhnliche Wortbedeutung nicht entgegen. Wohl wird das Wort „erste" auch gebraucht, um die Qualität des Geschäfts oder der Ware als besonders hervorragend, erstklassig hervorzuheben. Daneben aber bedeutet das Wort zweifellos auch, daß das Geschäft sich als das erstgegründete, das älteste kundgeben will. Das Publikum wird denn auch die Bezeichnung im einen wie im andern Sinne verstehen.

Dagegen läßt sich mit Recht auch nicht anführen, daß die Klägerin selbst dem Wort „erste" eine andere Bedeutung beigelegt habe, indem sie sich „erste und älteste" Fabrik geheißen habe, um kundzugeben, daß sie die älteste wie auch die beste Fabrik sei. Gerade im Reklamewesen ist es üblich, denselben Begriff mit mehreren, gleichbedeutenden Worten auszudrücken. Und daß auch das Publikum die Zusammenstellung der beiden Worte vor allem als eine Verstärkung der Behauptung, die älteste Fabrik zu sein, auffassen wird, zeigt die Aeußerung des Zeugen R., er fasse die Ausdrucks-

weise der Klägerin als die Versicherung auf, daß sie die älteste Fabrik sei.

Es läßt sich auch nicht zugeben, daß die Verhältnisse so liegen, daß das Publikum die Ankündigung der Beklagten nicht im zeitlichen Sinne, sondern nur in dem einer Qualitätsbezeichnung verstehen kann und wird. Nicht mit Unrecht weist die Klägerin darauf hin, daß der fabrikationsmäßige Betrieb der Herstellung von Sauerkraut, jedenfalls in der Fildergegend, nur wenige Jahrzehnte alt sei. Gerade deshalb wird das kaufende Publikum Wert darauf legen, ob eine Fabrik schon länger besteht, und wird darum um so mehr geneigt sein, eine hierauf bezügliche Bezeichnung im Sinne einer Zeitbestimmung aufzufassen.

Das Landgericht hat angenommen, daß in dem Geschäftszweig der Sauerkrautfabrikation eine gewisse allgemeine Uebung besteht, sich die Bezeichnung „erste Fabrik" beizulegen; und es könnte ja wohl hieraus der Schluß gezogen werden, daß die Ausdrucksweise in der Folge ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hat und nach der dermaligen Uebung nur die Bedeutung einer allgemeinen Qualitätsbezeichnung angenommen hat. Allein für diese Annahme fehlt doch die genügende tatsächliche Unterlage. (Dies wird näher ausgeführt und dann fortgefahren:) Die von der Klägerin im Anschluß an die Unterlassungsklage beantragte Zusprechung der Veröffentlichungsbefugnis steht im Ermessen des Gerichts (§ 13 des Wettbewerbgesetzes). Sie ist unter den gegebenen Umständen nicht geboten. Es kann nicht angenommen werden, daß eine erhebliche Schädigung der Klägerin oder überhaupt eine wesentlich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung ihrer Interessen als Folge der unerlaubten Publikationen der Beklagten jetzt noch fortwirkt, so daß die Aufhebung dieser Wirkung durch die Veröffentlichung des obsiegenden Urteils angezeigt erscheinen könnte. Andererseits würde voraussichtlich die beantragte Veröffentlichung des Urteils mehr eine Schädigung des erlaubten Geschäftsbetriebs der Beklagten herbeiführen, als den Zweck des gesetzlichen

Verbots des Wettbewerbgesetzes erfüllen. Es war daher die Zurückweisung des Antrags der Klägerin begründet.

Die Klägerin hat weiter auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma mit dem gerügten Beisatz „I." zu Filderſauerkrautfabrik geklagt, auch ohne daß der Gebrauch in öffentlichen Ankündigungen, wie sie § 1 Abs. 1 des W.G. voraussetzt, erfolgt, indem sie sich auf die gesetzliche Bestimmung des § 37 Abs. 2 des H.G.B. berufen hat. Insoweit konnte die Klage — in Uebereinstimmung mit dem Landgericht — nicht für begründet erkannt werden. Wenn der Beisatz nach § 18[2] des H.G.B. verboten ist, so steht die Entscheidung nach § 37 Abs. 1 des H.G.B. dem Registerführer zu, welcher an das im Civilprozeß zwischen den Parteien ergangene Urteil nicht gebunden ist. Der Unterlassungsanspruch des § 37 Abs. 2 dagegen setzt voraus, daß der Klagende durch den unbefugten Firmengebrauch *in seinen Rechten* verletzt wird. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Es erscheint nicht zulässig, den vom Gesetz aufgestellten Begriff im Weg der Auslegung dahin zu erweitern, daß als geschützt angesehen werden nicht die Rechte des Klagenden, sondern dessen berechtigte Interessen, auch dann, wenn die Interessen sich nicht als Rechte darstellen. Zu dieser Auslegung nötigen die gesetzgeberischen Vorarbeiten nicht. Wenn auch in einem Entwurf der Ausdruck „Rechte" mit demjenigen „berechtigte Interessen" ersetzt werden *wollte*, so ist doch diese Ausdrucksweise in das Gesetz *nicht* übergegangen, sondern es wurde, gleichviel mit welcher Begründung, der früher im Gesetz enthaltene Ausdruck wieder hergestellt[1]). Maßgebend ist aber der vom Gesetz gewählte Ausdruck; und es darf vorausgesetzt werden, daß der Gesetzgeber sich des Gegensatzes zwischen berechtigten Interessen und Rechten wohl bewußt gewesen ist[2]). Auch die bisherige Rechtsprechung

1) Vgl. *Düringer-Hachenburg* zu § 37, Anm. III., Z. 3, S. 142.

2) Vgl. *Staub*, Kom. zu § 37 Anm. 14.

hielt[1]) im allgemeinen daran fest, daß der gleichlautende Art. 27 des H.G.B. a. F. die Verletzung eines bestimmten Rechts, sei es des Namen- oder Firmenrechts oder eines sonstigen Rechts, wie eines Patentrechts, voraussetzt[2]).

Ein Recht der Klägerin, welches durch einen unbefugten Firmengebrauch der Beklagten verletzt worden wäre, ist aber von ihr nicht dargetan. Das Wettbewerbgesetz verleiht zwar in § 1 Abs. 1 einen Anspruch auf Unterlassung bestimmter Angaben in öffentlichen Ankündigungen, nicht aber schlechthin ein Recht auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, auch soweit dieser nicht unter die Voraussetzungen des Gesetzes fällt. Das Gesetz will mit der Verleihung des Anspruchs berechtigte Interessen schützen, während diese vielleicht nach Lage des Falls weiter gehen können, als der Schutz des Gesetzes reicht[3]).

Hiernach war der Entscheidung des Landgerichts beizutreten, welche die Anwendbarkeit des § 37[3] des H.G.B. verneint und dahingestellt läßt, ob ein unbefugter Firmengebrauch der Beklagten dargetan ist.

Die Klägerin will die Klage auf Unterlassung des Gebrauchs des Firmenbeisatzes, soweit sie nicht nach § 1 Abs. 1 des W.G. begründet ist, auf die Bestimmungen des B.G.B. stützen, wobei sie sich vor allem auf § 826 beruft, welcher denjenigen zum Schadenersatz verpflichtet, der der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet, die geeignet ist, Nachteile für den Erwerb eines andern herbeizuführen. Diese Gesetzesbestimmung kann jedoch schon darum keine Anwendung finden, weil sie eine gegen eine bestimmte Person gerichtete, deren Verhältnisse betreffende Behauptung voraussetzt. Sie greift ein in das Verbot des § 6 und 7 des Wettbewerbgesetzes, deckt sich aber nicht mit demjenigen des § 1 Abs. 1

1) Abgesehen von der abweichenden Entscheidung des Reichsger. Bd. 22 S. 60.

2) Vergl. die Entsch. in Reichsger. Bd. 3 S. 165; 7 S. 280; 18 S. 140; 19 S. 22; 29 S. 71; 25 S. 2; 37 S. 59.

3) Vergl. die Entsch. des Oberl.-Ger. in Jahrb. XI. S. 282.

und 2 dieses Gesetzes[1]). Näher würde die Anwendbarkeit der §§ 823[2] und 826 liegen, wenn angenommen werden könnte, daß die Beklagte damit, daß sie einen unzulässigen Beisatz zur Firma gemacht hat, gegen ein den Schutz anderer bezweckendes Gesetz verstoßen habe, oder, daß der Gebrauch des Zusatzes den guten Sitten zuwiderlaufe. Es war jedoch schon deshalb von der Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen abzusehen, weil das Vorbringen der Klägerin nicht ausreicht, um eine Schädigung derselben infolge des Verhaltens der Beklagten festzustellen.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Juni 1902 i. S. Briem g. Schöll.

40.

Wer ist unter dem „Handelnden" i. H. des § 200 Abs. 1 H.G.B. zu verstehen?

Als im Herbst 1899 die von der offenen Handelsgesellschaft G. N. u. Söhne (Teilhaber G. N. sen., und dessen drei Söhne G., K. und J. N.) betriebene „Bierbrauerei zur Stadt" in G. in Zahlungsschwierigkeiten geriet, traten die Gläubiger zusammen und beschlossen, um ein Konkursverfahren zu vermeiden, in Uebereinstimmung mit den bisherigen Teilhabern, eine Aktiengesellschaft zu gründen, welche die Brauerei übernehmen und weiter betreiben und die Gläubiger durch Aktien, wenigstens bezüglich eines großen Teils ihrer Forderungen, befriedigen sollte. Die Versammlungen wurden einberufen und geleitet von dem damaligen Ratsschreiber F. K. in S., welcher zunächst als Beauftragter von G. N. u. Se. auftrat. Auch die Beklagte war als Gläubigerin in den Versammlungen vertreten, bald durch einen ihrer Teilhaber, bald durch ihren Prokuristen L. M. oder ihren Reisenden S. L. Das nächste Ergebnis der Verhandlungen war, daß am 20. November 1899 ein schriftlicher Kaufvertrag zwischen den bisherigen Eigentümern des Brauereian-

1) Vgl. Biberfeld in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 367 ff.

wesens und einem Konsortium von Käufern abgeschlossen wurde, durch den das gesamte Brauereianwesen mit allen Zubehörden (Waren und Betriebseinrichtungen) sowie sämtlichen Ausständen an die bezeichneten Käufer, worunter die Bekl., verkauft wurde, um es auf die zu gründende Aktiengesellschaft zu übertragen. In der Vertragsurkunde ist bemerkt, daß die Käufer „nicht für sich persönlich, sondern für die bereits beschlossene und demnächst gerichtlich anzumeldende Aktiengesellschaft Stadtbrauerei G. A. G. erwerben", ferner daß die Uebergabe bereits erfolgt sei. Als Kaufpreis wurden festgesetzt 400 000 M.

Am 21. November 1899 übernahm F. K. tatsächlich die Leitung des Brauereibetriebs und führte sie in der Folge weiter, wobei er die erforderlichen Einkäufe für den Brauereibetrieb machte und die sonstigen Geschäfte abschloß. Er nannte sich Direktor der Aktienbrauerei zur Stadt G., auch zeichnete er mit der Firma „Aktienbrauerei zur Stadt".

Im Streit ist, auf wessen Namen und Rechnung F. K. hierbei handelte.

Am 20. März 1900 kam der Gesellschaftsvertrag zur Gründung der projektierten Aktiengesellschaft zustande. Gründer waren: 1. die Beklagte, 2. M. W. in M., 3. F. K., 4. C. K., 5. E. K.

Gleichzeitig mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags wurde am 20. März 1900 von den fünf Gründern der Aufsichtsrat, bestehend aus sieben Personen, darunter neben den Gründern E. K. und W. der Kaufmann L. M., Prokurist der Bekln., und sofort an demselben Tage vom Aufsichtsrat als Vorstand der Aktiengesellschaft F. K. gewählt.

Ein am 24. April 1900 beim Amtsgericht G. von dem Vorstand und den fünf Gründern eingereichter Antrag auf Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister wurde, noch ehe die Eintragung erfolgte, wieder zurückgezogen, nachdem mittlerweile am 15. Mai 1900 die Gründer die Aufhebung des Gesellschaftsvertrags vereinbart und der Vorstand sowie der Aufsichtsrat ihre Stellungen niedergelegt hatten.

Gleichzeitig vereinbarten die am Kaufvertrage vom 20. Novbr. 1900 beteiligten Käufer und Verkäufer dessen Aufhebung. Der Grund dieser Vorkommnisse lag in dem Umstand, daß die Gebrüder K. außer stande waren (was sie in dem Gesellschaftsvertrage übernommen hatten), das zur Uebernahme von Aktien im Betrage von 150000 M. erforderliche Kapital zu beschaffen.

Demnächst wurde über das Vermögen des G. N. sen. und der Firma N. u. Se. der Konkurs eröffnet. Kl. hat während der Geschäftsführung des (vermögenslosen) F. K. Waren für die Brauerei geliefert und zwar im Dezember 1899 für 92 M. 40 Pf., im April 1900 für 2770 M. 70 Pf. Auf Bezahlung dieser Beträge hat er gegen die Bekl. Klage erhoben, die er u. a. auf § 200 Abs. 1 H.G.B. stützte. Das Berufungsgericht hat in Betreff des Postens von 2770 M. 70 Pf. der Klage entsprochen.

Aus den

Gründen.

Mit dem Abschluß des Gründervertrags vom 20. März 1900 trat eine Gründergemeinschaft zusammen, welche innerhalb der gesetzlichen Grenzen mit Wirkung für die künftige Aktiengesellschaft handeln konnte. Die Fortführung des Brauereibetriebs lag nun zweifellos außerhalb der vom Gesetz anerkannten Funktionen der Gründergemeinschaft. Rechtshandlungen, welche zum Betrieb der Brauerei gehören, verpflichteten, wenn sie vom Vorstand vorgenommen wurden, weder die künftige Aktiengesellschaft, noch die Gründergemeinschaft. Möglich war es allerdings, daß die Gemeinschaft der Gründer sich neben der Gründung der Aktiengesellschaft zu einer Gründung zusammenfand, welche unter irgend einer Gesellschaftsform den Betrieb der Brauerei für die Zwischenzeit bis zur Eintragung übernahm. Wenn jedoch feststeht, daß eine solche Gründergesellschaft *vor* dem Abschluß des Gründungsvertrags nicht bestand, auch nicht in der Gemeinschaft der fünf Käufer, so ist sie auch nicht mit dem Abschluß des Gründungsvertrags ins Leben getreten.

Ueber die Gründung einer solchen Gesellschaft weiß Kläger nichts anzuführen. Im Gründungsvertrag selbst ist ein weiterer Vertrag über die Uebernahme des Brauereibetriebs durch die Gemeinschaft der Gründer nicht enthalten. Nach dem Abschluß des Gründungsvertrags führte der zum Vorstand der Aktiengesellschaft gewählte F. K. die Geschäfte des Brauereibetriebs weiter, nicht auf den Namen des Gründerkonsortiums, sondern — soweit ersichtlich — auf den Namen der Aktiengesellschaft, welche mit einem Gründerkonsortium im angegebenen Sinne nicht identisch ist.

Der Kläger glaubt ferner die Haftung der Beklagten aus der gesetzlichen Bestimmung des Art. 211, 2 des H.G.Bs. a. F. bezüglich des Lieferungsgeschäfts vom Dezember 1899 und des § 200 des H.G.Bs. u. F. bezüglich desjenigen vom April 1900 herleiten zu können. Dies ist begründet hinsichtlich des zweiten, n a ch dem Abschluß des Gründungsvertrags vom 20. März 1900 vereinbarten Geschäfts, nicht aber hinsichtlich des ersten vor den Gründungsvertrag fallenden Lieferungsgeschäfts.

Der § 200 Abs. 1 zweiter Satz des H.G.B. bestimmt: „Wird vorher (vor der Eintragung) im Namen der Gesellschaft gehandelt; so haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner". Die Bestimmung ist sachlich unverändert aus Art. 211 d. H.G.Bs. a. F. herübergenommen worden. Sie ist eine positive für das Aktienrecht aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffene Gesetzesvorschrift. Es sind nicht Rechtsgrundsätze allgemeiner Natur, welche der Gesetzgeber für das Aktienrecht sichern will, insbesondere sind nicht die Grundsätze über die Haftung des falsus procurator nach § 179 des B.G.Bs. hier wiedergegeben. Der Gesetzgeber will durch die Androhung einer nachteiligen Folge für den Handelnden den Zweck erreichen, daß die Aktiengesellschaften sich hüten, vor der Eintragung, die ihre Entstehung erst herbeiführen soll, ihre Geschäfte zu beginnen. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des

Gesetzes[1]). Es ist daher ohne Zuhilfenahme anderer Rechtsgrundsätze ausschließlich aus dem Gesetz zu entnehmen, wie weit der Begriff „Handelnde" auszudehnen ist. Hiefür geben die gesetzgeberischen Vorarbeiten den sicheren Anhalt: Bei der Beratung des Gesetzes in der Fassung des Allg. H.G.Bs. wurde anläßlich der Festsetzung der Wortfassung des Gesetzes bemerkt, „unter Handelnden seien selbstverständlich auch die etwaigen Auftraggeber der Handelnden gemeint"[2]). Später wurde gegenüber dem Einwand, mit der Haftung des Handelnden werde dem Publikum bei großen Geschäften wenig gedient sein können, hervorgehoben, „daß unter den Handelnden nicht allein die geschäftsführenden Mitglieder, sondern alle diejenigen Zeichner von Aktien gemeint seien, mit deren Willen gehandelt worden sei"[3]). Diese Auslegung steht denn auch mit der gewählten Fassung des Gesetzes im Einklang, sobald unter dem Begriff des Handelns nicht nur das äußerliche Hervortreten beim Abschluß des einzelnen Geschäfts verstanden wird, sondern die ganze Tätigkeit derjenigen, welche als Urheber der Handlung in Betracht kommen. Es läßt sich also nicht etwa[4]) die weitergehende Auslegung damit abweisen, daß die in den Protokollen niedergelegte Meinung im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe. Vielmehr ist es gerechtfertigt, das Gesetz entsprechend der bei der Beratung desselben kundgegebenen Absicht der Gesetzgeber auszulegen. In diesem Sinn sprechen sich auch die meisten Schriftsteller aus[5]); während die von Renaud[6]) vertretene abweichende Meinung von der — als unzutreffend zu be-

1) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 47, S. 1 ff.

2) Vgl. Nürnb. Prot. S. 1039.

3) Nürnb. Prot. S. 1450.

4) Mit Ring, das R.Gesetz betr. die A.G. S. 283.

5) So Hahn, Kom. z. B.G.B. zu Art. 211; Kayser, A.G. 1891, S. 101; Völderndorff, die A.G. S. 105 (bei Bezold); Hergenhahn, die A.G. 1891, S. 68; Auschütz in Siebenhaars Arch., Bd. 13, S. 44 u. 52; Makower, A.G., S. 49 zu Art. 211, Note 48 b.; auch Komm. 12. Aufl. zu § 200 II 6 (Schluß).

6) Das Recht der A.G. S. 397.

zeichnenden — Ansicht ausgeht, daß der Grund der Haftung das Auftreten als Vollmachthaber ohne Vollmacht sei.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob der § 200 bezw. Art. 211 auch den Fall treffen will, daß jemand noch vor der Errichtung der Aktiengesellschaft (hier also vor dem Gründungsvertrag vom 20. März 1900) im Namen einer weder errichteten, noch eingetragenen Aktiengesellschaft gehandelt hat, und ob nicht etwa schon aus diesem Grund die Haftung der Beklagten aus dem Geschäft vom Dezember 1899 zu verneinen wäre. Denn für dieses Geschäft ist die Haftung der Beklagten schon deshalb ausgeschlossen, weil für die Zeit vor dem 20. März 1900 ein ausdrücklich oder stillschweigend erteilter Auftrag der nachmaligen Gründer, so auch der Beklagten, an F. K., den Brauereibetrieb Namens der Aktiengesellschaft zu führen, nicht erwiesen ist. Vor Abschluß des Gründungsvertrags gab es keine Gründer im eigentlichen Sinn, sondern nur Personen, welche sich um das Zustandekommen der Gründung bemühten. Deren Tätigkeit beschränkte sich aber auf die Vornahme einzelner Handlungen, welche auf die Erreichung des Zwecks der Gründung abzielten. So überließen die Käufer des Brauereianwesens den Fortbetrieb der Brauerei dem F. K.; sie ermöglichten ihm die Betriebsführung durch den Ankauf der Brauerei, *aber sie gaben ihm keine Weisung*, den Betrieb auf den Namen der Aktiengesellschaft zu führen. Speziell der Beklagten ist nicht nachzuweisen, daß sie irgendwie auf denselben eingewirkt hat, Namens der Aktiengesellschaft, und nicht bloß auf künftige Abrechnung mit dieser, die Brauerei zu betreiben. Sie durfte auch zu Folge der Besprechung in B. annehmen, daß F. K. seinen eigenen Namen zum Geschäft hergeben werde, wie sie auch ihre Abschlüsse vom 5. Dezember 1899 und 7. Februar 1900 auf seinen Namen gestellt hat, während die einzige an die „Aktiengesellschaft" gerichtete Postkarte vom 27. Januar 1900, die einen eigentlichen Geschäftsabschluß nicht enthielt, auch wohl auf ungenauer Ausdrucksweise beruhen konnte.

Mit dem Abschluß des Gründungsvertrags lag eine

veränderte Sachlage vor: die Aktiengesellschaft war errichtet und ihre Vertretungsorgane waren bestellt. Wenn von jetzt ab der zur Vertretung der Aktiengesellschaft berufene Vorstand die Geschäfte führte, welche seine Stellung als Vorstand zu führen ihm auferlegte, so war es mangels besonderer Vereinbarung über die Geschäftsführung in der Zwischenzeit als selbstverständlich anzusehen, daß er die Geschäftsführung im Namen der Aktiengesellschaft besorgte, und nicht mehr, wie dies früher der Fall sein mochte, auf seinen Namen handelte, aber mit der Absicht, die Aktiengesellschaft nach ihrer Entstehung eintreten zu lassen. Darüber konnten auch die Gründer, somit auch die Beklagte, nicht im Zweifel sein. Sie wußten, daß F. K. bisher die Geschäfte des Brauereibetriebs geführt hatte, und waren damit einverstanden, daß er das fernerhin tun sollte, da der Betrieb doch nicht stillstehen durfte. Daraus ergab sich aber weiter, daß sie auch wußten und einverstanden waren, daß er, als Vorstand der Aktiengesellschaft bestellt, die Geschäfte Namens der Aktiengesellschaft führe. Daß der bisher bestehende Zwischenzustand in der Betriebsführung mit der Errichtung der Aktiengesellschaft unter allen Beteiligten als beendigt galt, weist auch der Inhalt des Gründungsvertrags aus. In Lit. G des Vertrags ist gesagt, daß die Aktiengesellschaft das Brauereianwesen mit sämtlichem zum Betrieb notwendigen Inventar bis auf den Biervorrat hinaus übernommen habe und zwar nach dem Stand vom 20. Nov. 1899 resp. 1. März 1900. Damit wird die bisherige Betriebsführung des F. K. als beendigt angesehen und es soll nun die Aktiengesellschaft, die vom 1. März 1900 ab das ganze zur Betriebsführung notwendige Inventar mit Kassen- und Wechselvorrat übernommen hat, die Betriebsführung übernehmen. Die Gründer gingen also im Gründungsvertrag selbst davon aus, daß vom 1. März 1900 ab der ganze Betrieb als auf die Aktiengesellschaft übergegangen angesehen sein sollte. Dies schloß aber unter den gegebenen Verhältnissen ihr Einverständnis in sich, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft auch sofort die Weiterführung des Betriebs

Namens der Aktiengesellschaft einzuleiten habe.

Es haben hienach die Gründer, welche, da eine Simultangründung vorlag, die einzigen Zeichner der Aktien waren und als solche die Generalversammlung bildeten, im Gründungsvertrag, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch durch die Festsetzung des Inhalts des Vertrags ihre Einwilligung erteilt, daß der Vorstand mit dem Geschäftsbetrieb für die Aktiengesellschaft sofort mit der Errichtung der Gesellschaft beginnen solle.

Damit ist die Haftung der Gründer nach § 200 des H.G.Bs. begründet: durch die Eingehung des Gründungsvertrags haben sie den vorzeitigen Geschäftsbeginn für die Aktiengesellschaft in bewußter und gewollter Weise herbeigeführt.

Die Folge der — von dem Berufungsgericht gebilligten — Annahme, daß der § 200 des H.G.Bs. eine auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende positive rechtliche Bestimmung enthält, ist der Ausschluß der Einrede, daß der Dritte beim Abschluß des Vertrags von dem Fehlen der Eintragung Kenntnis gehabt hat. Das Gesetz gewährt ihm die Haftung der Handelnden ohne Rücksicht darauf, ob er den wirklichen Sachverhalt des Nichtbestehens der Aktiengesellschaft kennt oder nicht [1]). Es ist daher unerheblich, ob dem Kläger beim Vertragsschluß bekannt war, daß die Eintragung noch ausstand, oder nicht.

Urteil des I. Civilsenats vom 14. Novbr. 1902 i. S. Hornung g. Marx.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

41.

Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Genossenschaft.

(Rechtzeitigkeit und Formrichtigkeit der Berufung der Gene-

1) Vgl Entsch. des R.G. Bd. 47, S. 3.

ralversammlung und der Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung.)

Kl., ein Mitglied der bekl. Sterbekasse, e. G. m. b. H., hat gemeinschaftlich mit dem Buchdrucker Sch. ein Blatt „Aus dem Walde" herausgegeben, das die Sterbekasse zufolge Vertrags als Vereinsblatt mit Sch. benützte, deren „Satzungen und Geschäftsanweisung" u. a. folgende Bestimmungen enthalten: § 28 Abs. 1 und 2. „Die Willenserklärung und Zeichnung für die Genossenschaft muß durch 2 Mitglieder des geschäftsführenden Vorstands erfolgen, wenn sie Dritten gegenüber Rechtsverbindlichkeit haben soll." § 34 bestimmt, daß der Aufsichtsrat aus 7 Mitgliedern besteht, die aus ihrer Mitte einen Präsidenten wählen, und daß zu einer Beschlußfassung die Anwesenheit von mindestens 3 Mitgliedern des Aufsichtsrats erforderlich ist. § 38 Abs. 1 lautet: „Die Berufung der Hauptversammluug muß mit einer Frist von mindestens 6 Wochen den Genossen durch das Vereinsblatt (§ 44) zur Kenntnis gebracht werden und ist, wenn sie vom Vorstand ausgeht, von diesem in der nach § 28 vorgeschriebenen Weise zu unterzeichnen." Nach Abs. 2 soll der Zweck der Hauptversammlung jederzeit bei der Berufung bekannt gemacht werden. § 39 enthält Bestimmungen über den Ort und die Zeit der Hauptversammlung, worüber die „jeweilig letztvorhergehende Hauptversammlung" zu entscheiden haben soll. Ueber „Bekanntmachungen" bestimmt § 44: „Die von der Genossenschaft ausgehenden öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen unter der Firma der Genossenschaft gezeichnet von 2 Mitgliedern des geschäftsführenden Vorstands. — Sie sind in dem Wochenblatt für Forstwirtschaft „Aus dem Walde" aufzunehmen. — Alle im Wochenblatt „Aus dem Walde" rechtzeitig erschienenen Vereinsnachrichten gelten als jedem Genossen zugestellt. — Beim Eingehen dieses Blattes bestimmt der Vorstand mit Genehmigung des Aufsichtsrats bis zur nächsten Hauptversammlung ein anderes an dessen Stelle."

Aus der Geschäftsanweisung: § 17 Abs. 1: „Die ordentliche Hauptversammlung findet alljährlich einmal statt nach § 36—39 der Satzungen.“ Abs. 2: „Dieselbe ist vom geschäftsführenden Vorstand spätestens 6 Wochen zuvor mit Angabe des Zwecks im Vereinsblatt bekannt zu machen.“ Abs. 5: „Die spezielle Tagesordnung der Hauptversammlung ist alsdann spätestens 14 Tage vorher im Vereinsblatt bekannt zu machen.“ Nach § 20 leitet der Präsident des Aufsichtsrates dessen Geschäfte und vertritt ihn nach innen und außen. § 22 Abs. 1 handelt von den ordentlichen Sitzungen des Aufsichtsrats und bestimmt in Abs. 1: „Sitzungen des Gesamtaufsichtsrats sollen nur stattfinden, wenn wichtige Gegenstände zur Beratung stehen und wenn der Gegenstand eine Beschlußfassung mittelst schriftlichen Verkehrs unmöglich erscheinen läßt.“

Mit Ende Juni stellte Sch. das Erscheinen des Blattes „Aus dem Walde“ ein, worauf Kl. ein Blatt gleichen Namens im Kommissionsverlag von Z. und Schm. erscheinen ließ.

Im Reichsanzeiger vom 13. Juli 1901 veröffentlichte die „Sterbekasse für das deutsche Forstpersonal, E. G. m. b. H. Der geschäftsführende Vorstand: M.“, die ordentliche Hauptversammlung werde hiemit auf Montag den 26. Aug. morgens 9 Uhr nach R. berufen. „Die Tagesordnung wird den Mitgliedern durch ein besonderes Flugblatt, welches von dem Verlag G. Sch. zur Versendung gelangt, bekannt gegeben.“

Die „Mitteilung I“ der Bekln. ist ein vom 10. Juli 1901 datiertes und „Der geschäftsführende Vorstand M. und B.“ unterzeichnetes Flugblatt. Sie lautet: „Mit diesem teilen wir unsern verehrlichen Mitgliedern mit, daß wir gegenwärtig ohne Vereinsblatt sind, da der Verlag G. Sch., mit welchem wir den Lieferungsvertrag abgeschlossen haben, aus Gründen, welche hier nicht zu erörtern sind, „Aus dem Walde“ nicht mehr erscheinen läßt. Infolgedessen werden mit Genehmigung des Aufsichtsrats sämtliche Veröffentlichungen, soweit sie das Genossenschaftsgesetz vorschreibt, bis

auf weiteres im „Reichsanzeiger" stattfinden. Die seither im Vereinsblatt erfolgten Mitteilungen werden den Genossen zunächst in Flugblättern zugehen. — Was weiter in dieser Angelegenheit zu geschehen hat, das zu beraten wird die nächste Hauptversammlung Gelegenheit bieten." Es folgt nun die Bekanntmachung der Berufung der Hauptversammlung wie im Reichsanzeiger vom 13. Juli und die Angabe der Tagesordnung, deren Ziff. V lautet: „Einkörperung des Sterbekassenvereins für das K. bayerische Forstpersonal in unsere Genossenschaft." Diese Mitteilung ist nach der Behauptung der Bekln. am 13. Juli 1901 zur Post gegeben worden. Kl. hat erklärt, er wisse nicht, wann die Mitteilung I versandt und in die Hände der Genossen gelangt sei, er bezweifle aber, daß die Versendung schon am 13. Juli erfolgt sei; er selbst habe die Mitteilung zu spät erhalten. Die Tagesordnung ist auch in der am 22. Juli 1901 ausgegebenen Nr. 28 des (klägerischen) Blattes „Aus dem Walde" abgedruckt worden.

Im Reichsanzeiger vom 10. August veröffentlichte der geschäftsführende Vorstand der Bekl. (unterzeichnet M. — B.) nochmals die Tagesordnung für die Hauptversammlung vom 26. August, wobei Ziff. V wie in der „Mitteilung I" lautete, Ziff. X: „Vereinsblatt". Diese Tagesordnung wurde auch in der „Mitteilung II" veröffentlicht, die in der Zeit vom 5.—11. August zur Versendung an die Mitglieder gelangt ist. Die Generalversammlung hat u. a. beschlossen: das im Kommissionsverlag von J. u. Schm. erschienene Wochenblatt „Aus dem Walde" nicht mehr als Organ der Sterbekasse anzuerkennen und den Sterbekassenverein für das K. bayerische Forstpersonal in die Sterbekasse einzuverleiben. Diese Beschlüsse hat Kl. mit Klage angefochten mit der Behauptung, die Berufung der Hauptversammlung und die Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung sei nicht gehörig erfolgt, indem er zur Begründung geltend machte:

1) Die betreffenden Bekanntmachungen hätten satzungsgemäß im Vereinsblatt „Aus dem Walde" erfolgen sollen,

das keineswegs eingegangen, sondern stets von ihm fortgeführt worden sei.

2) Die Flugblätter „Mitteilung I" und „Mitteilung II" haben nicht die satzungsgemäß erforderliche Genehmigung der Mehrheit des Aufsichtsrats erhalten: Beweis: Eideszuschiebung dahin, daß die Aufsichtsratsmitglieder in der erforderlichen Mehrheit vor dem Erscheinen der beiden Flugblätter ihre Zustimmung zum Vorgehen des Vorstands ausdrücklich oder durch Unterlassung eines Widerspruchs erklärt haben. Diese Mitteilungen seien überhaupt kein „Blatt", das an Stelle des Vereinsblatts habe gewählt werden dürfen.

3) Die sechswöchige Frist zur Berufung der Hauptversammlung sei nicht eingehalten, weil zu bezweifeln sei, daß die Mitteilung I schon am 13. Juli versandt worden sei; dasselbe gelte von der 14tägigen Frist für Ankündigung der Tagesordnung; die „Mitteilung II" sei an alle Thurn- und Taxis'sche Forstämter erst am 12. Aug. und später versandt worden und nicht vor 13. August an sie gelangt; sollte diese Mitteilung je schon am 11. August ausgegeben worden sein, so komme in Betracht, daß dieser Tag ein Sountag gewesen sei, und das Postamt allein zur Expedition 1—2 Tage brauche.

4) Die Ankündigung der Ziff. V der Tagesordnung genüge in ihrer knappen Fassung nicht, um verständlich zu machen, um welch' erhebliche Belastung der Bekln. es sich bei der Einverleibung des Sterbekassenvereins für das bayerische Forstpersonal handle.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die rechtzeitig erhobene Klage ficht die von ihr bezeichneten Beschlüsse der Hauptversammlung der Bekl. vom 26. August 1901 aus Gründen an, deren Geltendmachung dem Kl. trotz seines Nichterscheinens auf dieser Versammlung gemäß § 51 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes zusteht.

1. Die Berufung der Hauptversammlung hatte nach den Satzungen im Vereinsblatt zu erscheinen, sofern zur Zeit ein

solches bestand. Aber Bekl. hat mit Recht das Vereinsblatt „Aus dem Walde" als mit 1. Juli 1901 eingegangen betrachtet. Vereinsblatt war das von Sch. verlegte und redigierte Wochenblatt „Aus dem Walde"; nur mit Sch. hatte Bekl. den Vertrag über den Bezug dieses Blattes seitens aller Mitglieder der Sterbekasse geschlossen: dieses Blatt hat mit Ende Juni 1901 zu erscheinen aufgehört; wenn Kl. von da an ein Blatt gleichen Namens im Kommissionsverlag von Z. und Schm. in St. erscheinen ließ, so war das für die Bekl. ein anderes Blatt als das bisherige Vereinsblatt; stand sie doch weder mit dem Kl. noch mit Z. und Schm. in einem Vertragsverhältnis, und wenn diese Personen ihrerseits das von ihnen herausgegebene Blatt „Aus dem Walde" für identisch mit dem bisherigen Vereinsblatt oder für dessen Fortsetzung erklärten, so war die einseitige Erklärung selbstverständlich für Bekl. nicht bindend, sie brauchte auf das Anerbieten des Klrs. oder von Z. und Schm., mit ihnen das zwischen ihr und Sch. bisher bestehende Vertragsverhältnis fortzusetzen, nicht einzugehen.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Kl. und Sch. berührte die Bekl. nicht, falls es ihr je bekannt war: von ihrem Standpunkt aus konnte sie mindestens (ohne Arglist) das vom Kl. herausgegebene Blatt „Aus dem Walde" für ein anderes als das bisherige Vereinsblatt ansehen, wie es auch objektiv jedenfalls zweifelhaft war, ob dieses Blatt mit dem bisherigen Vereinsblatt identisch war, dessen Fortsetzung bildete: an sich war, nachdem der Verleger und Herausgeber des Blatts „Aus dem Walde" erklärt hatte, er lasse es eingehen, jedermann berechtigt, ein neues Blatt unter diesem Titel erscheinen zu lassen, das hiemit natürlich nicht von selbst zum Vereinsblatt wurde; eine Prüfung in der Richtung eintreten zu lassen, ob es sich mit einem vom Kl. herausgegebenen Blatt anders verhalte, ob Kl. zufolge seines Rechtsverhältnisses mit Sch. das von Sch. aufgegebene Blatt seinerseits fortzusetzen berechtigt war, hatte Bekl. keinen Anlaß. Es mag sein, daß — wie die Berufungsbegründung

behauptet hat — die Person des Verlegers einer Zeitung nicht unter allen Umständen für die Frage der Identität einer Zeitung wesentlich ist; im vorliegenden Fall war sie deshalb wesentlich, weil Bekl. nur mit diesem Verleger (nicht etwa auch mit dem Kl.) einen Vertrag geschlossen hatte, und der Verleger nach außen als alleiniger Redakteur und Verfügungsberechtigter bezüglich des Blatts aufgetreten war.

Dadurch also, daß Bekl. die Berufung der Hauptversammlung nicht (rechtzeitig) in dem vom Kl. herausgegebenen Blatt „Aus dem Walde" ankündigte, hat sie nicht gegen die Satzungen verstoßen, weil sie eben dieses Blatt nicht als das Vereinsblatt anzusehen brauchte.

II. Die Bekanntmachung im Reichsanzeiger vom 13. Juli 1901 betr. die Berufung der Hauptversammlung kann nicht als in gehöriger Weise erfolgt gelten, weil sie nur von einem Vorstandsmitglied unterzeichnet war, was der Bestimmung des § 38 Abs. 1 vergl. mit § 28 Abs. 1 der Satzungen (s. auch § 25 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes) zuwiderlief. Diese Vorschrift stellt sich nach ihrer Fassung nicht als bloße Ordnungsvorschrift dar. Zwar hat Bekl. geltend gemacht: die Bekanntmachung (die Annonce) sei eine bloße Abschrift, für die es nicht erheblich sei, ob die Unterschriften richtig wiedergegeben seien, allein die Mitglieder der Genossenschaft müssen aus der Bekanntmachung ersehen können, ob sie von dem dazu berufenen Organ ausgeht, und eine Gewähr hiefür bietet nur die Einhaltung der satzungsmäßigen Form; ein etwa untergelaufener Druckfehler müßte rechtzeitig berichtigt werden; einer nicht oder nicht in der gehörigen Weise unterzeichneten Bekanntmachung brauchen die Mitglieder keine Folge zu leisten. Es mag sodann richtig sein, daß es genügt, wenn aus einer Bekanntmachung hervorgeht, daß sie wirklich vom Vorstand ausgeht: eben dies erhellt aber aus einer nicht in der vorgeschriebenen Weise von mehreren Vorstandsmitgliedern, sondern nur von einem Vorstandsmitglied unterzeichneten Bekanntmachung nicht.

III. Durch die „Mitteilung I" ist die Berufung der Haupt-

versammlung den Genossen rechtzeitig zur Kenntnis gebracht worden, falls diese Mitteilung in der Tat am 13. Juli zur Post gegeben worden ist. Der Meinung des Klrs., es komme nicht auf den Tag der Aufgabe zur Post, sondern auf den Tag der Ankunft der Mitteilung bei den einzelnen Genossen an, kann nicht beigestimmt werden. Für die Bekanntmachungen im Vereinsblatt ist nach § 44 der Satzungen, wie Kl. einräumt, der Tag des Erscheinens des Blatts maßgebend, der gleiche Grundsatz ist in § 10 Abs. 2 H.G.B. für die Bekanntmachungen von Eintragungen im Handelsregister durch öffentliche Blätter aufgestellt, er muß aber allgemein gelten[1]), weil sonst der Beweis dafür, daß eine Frist eingehalten worden ist, sich häufig überhaupt nicht erbringen ließe. Wenn ein Verein tausende von Mitgliedern hat, von denen einzelne abseits von Eisenbahn und Post wohnen, kann bis zur Ankunft eines Zeitungsblatts oder eines Briefs leicht eine längere Frist, als im voraus zu bemessen ist, vergehen, abgesehen davon, daß in derartigen Fällen immer fraglich bliebe, ob die Sendung an alle Vereinsmitglieder gelangt ist, wenn nicht eine Bescheinigung über die Aushändigung beigebracht ist, eine Umständlichkeit, die nicht verlangt werden kann. Ist aber — wovon Kl. selbst ausgeht — bei Bekanntmachungen durch Zeitungen allgemein der Tag entscheidend, an dem die Zeitung erscheint, so muß auch bei Bekanntmachungen durch Briefe die Zeit der Aufgabe zur Post maßgebend sein: denn es besteht keine größere Gewähr für rechtzeitige Ankunft einer Zeitung als für die eines Briefes.

Es muß daher — falls Bekl. für die rechtzeitige Bekanntmachung der Berufung der Hauptversammlung beweispflichtig ist — der Nachweis genügen, daß die Mitteilung I so zeitig zur Post gegeben worden ist, daß zwischen dem Tag der Aufgabe und dem Tag der Hauptversammlung — 26. August — eine Frist von 6 Wochen lag. Das war der Fall,

1) Vergl. für Veröffentlichung in öffentlichen Blättern: Staub, H.G.B., Anm. 1 zu § 255; Parisius-Krüger, Genossenschaftsges., 2. Aufl., Anm. 1 zu § 44 (jetzt 46).

wenn die Aufgabe zur Post spätestens am 13. oder 14. Juli erfolgt ist. Kl. scheint nicht bestreiten zu wollen, daß letzteres geschehen ist, und angesichts der Tatsache, daß die ihm zugesandte Mitteilung den Poststempel des 13. Juli getragen hat, besteht hierüber auch kein Zweifel. Auch in der Richtung hat Kl. keine Bemängelung erhoben, daß die „Mitteilung I" etwa nicht an alle Genossen versandt worden sei, und es ist hienach davon auszugehen, daß — wie dies das Normale war — die Versendung an alle Genossen erfolgt ist.

IV. Es fragt sich aber weiter, ob die Bekanntmachung der Berufung der Hauptversammmlung durch ein Flugblatt, wie dies die Mitteilung I war, erfolgen durfte, ob sie nicht durch eine Zeitung erfolgen mußte. Nach dem Genossenschaftsgesetz (§ 6 Ziff. 3) muß diese Berufung nicht durch ein „öffentliches Blatt" erfolgen [1]); aber die Satzungen der Bekln. sehen in § 38 vergl. mit § 44 eine Bekanntmachung der Berufung der Hauptversammlung nur durch das „Vereinsblatt" oder ein anderes, an dessen Stelle tretendes „Blatt" vor. Daß hierunter ein „öffentliches Blatt", ein Zeitungsblatt, verstanden und nicht an ein Flugblatt gedacht ist, kann dem Kl. zugegeben werden. Dieser Vorschrift — ihrem Wortlaut nach — hat daher die erwähnte Bekanntmachung (durch die Mitteilung I) nicht entsprochen.

Aber die Bekl. befand sich in einer Notlage. Die Hauptversammlung für 1901 war (vgl. § 39 der Satzungen) von der vorjährigen Hauptversammlung auf 26. August anberaumt; das Vereinsblatt war mit Ende Juni ohne vorgängige öffentliche Ankündigung eingegangen; Vorstand und Aufsichtsrat hatten hienach keine Gelegenheit gehabt, den Genossen durch das Vereinsblatt mitzuteilen, welches Blatt einstweilen — bis zur nächsten Hauptversammlung — an dessen Stelle trete; die Bekanntmachung der Hauptversammlung, die bei Fortbestehen des Vereinsblatts in dessen erster oder zweiter Juli-Nummer zu erfolgen gehabt hätte, konnte somit im Juli nicht mehr in einem öffentlichen Blatt erscheinen, in dem die Ge-

1) Vgl. Parisius-Krüger a. a. O. Anm. II, 5 zu § 6.

nossen eine derartige Bekanntmachung erwarten durften und mußten, wofern nicht ein solches Blatt zuvor den Genossen durch briefliche Mitteilung bekannt gegeben war; die Veröffentlichung in einem Blatt, das zwar Vorstand und Aufsichtsrat gewählt, dessen Wahl sie aber den Genossen nicht rechtzeitig kundgegeben hätten, hätte zwar dem Buchstaben, nicht aber dem Sinn des § 44 der Satzungen entsprochen. Unter diesen Umständen und da die Zeit drängte, waren die maßgebenden Organe der Bekl. berechtigt, die Berufung der Hauptversammlung den Mitgliedern durch ein besonderes, an jeden Genossen versandtes Flugblatt zur Kenntnis zu bringen, wenn auch ein derartiges Verfahren in den Satzungen nicht vorgesehen war. Ein sachliches Bedenken steht einer auf solchem Weg erfolgenden Bekanntmachung nicht entgegen: im Gegenteil wurden die Genossen hiedurch auf die Hauptversammlung in nachdrücklicherer Weise hingewiesen als durch ein Zeitungsinserat.

Es kann hienach dahingestellt bleiben, ob die vom Kl. gegen diese Form der Bekanntmachung erhobenen Einwände schon aus dem Grund keine Beachtung finden könnten, weil er jedenfalls durch die in dem Blatt „Aus dem Walde" Ende Juli erfolgte Veröffentlichung die Berufung der Hauptversammlung erfahren hatte, und somit in der Lage gewesen wäre, auf ihr zu erscheinen [1]).

V. Verfehlt sind die Angriffe, die der Kl. gegen die gehörige Berufung der Hauptversammlung daraus herleiten will, daß der Aufsichtsrat der Ausgabe der „Mitteilungen" nicht im voraus schriftlich zugestimmt hat. Die in den Satzungen vorgeschriebene „Genehmigung" des Aufsichtsrats zu der Wahl eines andern Blattes an Stelle des Vereinsblatts durch den Vorstand ist — wenn nicht eine bloße Ordnungsvorschrift, so doch jedenfalls — kein formelles Erfordernis der Gültigkeit des Vorgehens des Vorstands,

1) Vgl. Staub, Anm. 8 zu § 271 H.G.B.; andererseits Parisius-Krüger a. a. O. Anm. II, 1 und 3 zu § 49 (jetzt 51) des Genossenschaftsgesetzes.

so daß eine in anderer Weise als durch das Vereinsblatt erfolgende Bekanntmachung des Vorstands rechtlich unwirksam wäre, wenn ihr nicht die schriftliche Zustimmung des Aufsichtsrats vorausgegangen und, daß dies geschehen, aus der Bekanntmachung ersichtlich ist; die einschlägige Bestimmung der Satzungen nötigt in keiner Weise, die fragliche Genehmigung als ein solches Formerfordernis aufzufassen, und innere Gründe sprechen gegen eine solche Auffassung. Es muß vielmehr als genügend gelten, wenn der Aufsichtsrat — ausdrücklich oder stillschweigend — das Vorgehen des Vorstands vorher oder nachträglich gutheißt: die „Genehmigung" schließt eine nachträgliche Zustimmung mindestens nicht aus (vgl. jetzt §§ 183, 184 B.G.B.). Eine derartige Genehmigung der Ausgabe der Flugblätter durch den Vorstand ist aber ohne Frage erfolgt, wie dies auch der Kl. nicht in Abrede zu ziehen scheint; sie ergibt sich daraus, daß kein Aufsichtsratsmitglied gegen die Ausgabe der Flugblätter und dagegen, daß darin die Berufnng der Hauptversammlung bekannt gemacht worden ist, eine Beanstandung erhoben hat; das Berufungsgericht hat aber auch aus den vorgelegten Schreiben der Aufsichtsratsmitglieder die Ueberzeugung gewonnen, daß die sämtlichen Aufsichtsratsmitglieder vor Ausgabe der Mitteilung I von der einschlägigen Absicht des Vorstands und des Aufsichtsratspräsidenten in Kenntnis gesetzt worden sind und sich stillschweigend damit einverstanden erklärt haben.

VI. Daß die Veröffentlichung der Bekanntmachungen der bekl. Kasse im Reichsanzeiger durch den Aufsichtsrat gutgeheißen worden ist, unterliegt vollends keinem Zweifel. Der Vorschrift der Geschäftsanweisung, wonach die spezielle Tagesordnung der Hauptversammlung mindestens 14 Tage vorher (im Vereinsblatt) zu erfolgen hat, ist daher durch die in gehöriger Form geschehene Bekanntmachung im Reichsanzeiger vom 10. August genügt; ebenso aber auch nach dem oben in Ziffer III—V Ausgeführten durch die Ausgabe der „Mitteilung II", die nach dem Ergebnis der im landgerichtlichen

Verfahren stattgehabten Beweisaufnahme am 10. und 11. August zur Post gegeben worden ist, wie Kl. auch nicht mehr zu bestreiten scheint. Es kann somit dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen Vorschriften der Geschäftsanweisung überhaupt eine Anfechtung von Beschlüssen der Hauptversammlung begründen könnte.

VII. Letzteres gilt auch bezüglich des vom Kl. geltend gemachten Anfechtungsgrunds in betreff des die Einkörperung des bayerischen Sterbekassenvereins aussprechenden Hauptversammlungsbeschlusses. Denn der einschlägige Punkt V der Tagesordnung ist in hinreichender Vollständigkeit bekannt gemacht worden[1]). Die betreffende Bekanntmachung entspricht jedenfalls dem § 38 Abs. 2 der Satzungen und wenn § 5 der Geschäftsanweisung von einer „speziellen" Tagesordnung spricht, so ist damit nur der Gegensatz zur Bekanntmachung des „Zwecks" der Hauptversammlung gemeint, also eine Aufführung der einzelnen Verhandlungsgegenstände, aber nicht eine ausführliche Bezeichnung.

Urteil des I. Civilsenats vom 4. Juli 1902 i. S. Jäger g. Forstpersonalsterbekasse.

42.

Ist ein Anspruch aus einem Unfallversicherungsvertrag nur begründet, wenn und soweit der Unfall einen Vermögensschaden für den Versicherten zur Folge gehabt hat?

Kl. war bei der beklagten Gesellschaft gegen die Folgen körperlicher Unfälle versichert. Wegen einer durch einen Unfall verursachten Beschädigung des linken Auges verlangte er eine nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen berechnete Entschädigung in Form einer jährlichen Rente. Bekl. hat gegen die Klage u. a. eingewendet, die Erwerbsfähigkeit des Kls. sei durch die Verletzung nicht — wie zur Begrün-

1) Vgl. Staub, Anm. 8 zu § 256 H.G.B.; Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3, Nro. 109 b.

dung eines Anspruchs aus dem Versicherungsvertrag nach den Versicherungsbedingungen erforderlich ist — dauernd beeinträchtigt. Hierüber sagen die

Gründe:

des Berufungsurteils:

Bekl. bestreitet nunmehr ihre Entschädigungspflicht auch deshalb, weil der Unfall des Kls. eine „voraussichtlich lebenslängliche Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit" (§ 5 der Vers.-Bed.) nicht zur Folge gehabt habe. Das ist aber nicht der Fall. Der Sachverständige Dr. K. hat sich dahin ausgesprochen: das Verlangen des Kls. auf Bezahlung einer lebenslänglichen Rente von 12½% (der vollen für den Invaliditätsfall versicherten Summe) sei überaus mäßig; hieraus erhellt, daß dieser Sachverständige eine „voraussichtlich lebenslängliche Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit" beim Kl. als gegeben ansieht. Hiegegen ist nichts Triftiges vorgebracht. Insbesondere verträgt es sich mit der Annahme des Sachverständigen ganz wohl, daß Kl. tatsächlich nach dem Unfall seine volle tägliche Arbeitszeit eingehalten, denselben Gehalt wie zuvor bezogen und dessen — vertragsmäßig zugesagte — Erhöhung verlangt hat: es handelt sich bei dem Anspruch auf die Versicherungssumme nicht um einen Anspruch auf Schadensersatz in dem Sinn, daß nur der tatsächlich eingetretene Schaden zu vergüten ist[1]); vielmehr ist für den erhobenen Anspruch nur der objektive Sachverhalt maßgebend, wie er sich bei der ärztlichen Untersuchung ergibt: wer z. B. einen Finger verliert, erhält nach den Versicherungsbedingungen eine bestimmte Entschädigung, einerlei ob er durch den Verlust nach Maßgabe seines Berufs viel oder wenig oder überhaupt nicht in seinem Erwerb beeinträchtigt wird.

Urteil des I. Civilsenats vom 14. Nov. 1902 i. S. Wilhelma g. Bock.

1) Wie in dem Fall W.J.B. Bd. 6 S. 220 ff.

43.

Anfechtbarkeit der Zahlung von Lebensversicherungsprämien aus § 32 Ziff. 2. Konk.-Ord.?

Zur Nachlaßkonkursmasse des verstorbenen Ehemanns der Bekl. hat der Konkursverwalter von der Bekl. die Rückgewähr der in den letzten 2 Jahren vor der Konkurseröffnung von ihrem Ehemann an die beiden Lebensversicherungsgesellschaften: Germania in Stettin und New-York in New-York entrichteten Versicherungsprämien von Mark 339 und 251,40, zusammen Mark 590,40 gefordert mittelst der Anfechtungsklage aus § 32 Ziff. 2 K.O., weil von dem Gemeinschuldner zu Gunsten seiner Ehefrau vorgenommene unentgeltliche Verfügungen vorliegen.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Darin, daß der Ehemann der Bekl. von der Versicherungsgesellschaft Germania gegen ein Versprechen jährlicher Prämienzahlung die Auszahlung einer Versicherungssumme von 5000 Mk. an seine Ehefrau für den Fall, daß er vor dem 10. September 1906 sterben sollte, sich hat versprechen lassen, kann man eine unentgeltliche Verfügung desselben zu Gunsten seiner Ehefrau allerdings finden, sofern er ihr hiemit, ohne rechtliche Nötigung und ohne ein Entgelt zu erhalten, einen, wenn auch bloß bedingten und für ihn frei widerruflichen Anspruch auf die Versicherungssumme verschafft und durch Zuwendung dieses Anspruchs das Vermögen der Frau vermehrt hat. Aber unter die durch § 32 K.O. für anfechtbar erklärten unentgeltlichen Verfügungen kann diese Zuwendung deshalb nicht gerechnet werden, weil durch sie den Gläubigern des Manns kein Befriedigungsmittel entzogen, überhaupt aus seinem Vermögen nichts weggegeben worden ist, sofern nach der Auffassung des heutigen

gemeinen Rechts (wie auch nach der des B.G.B. § 330 und 331) der der bekl. Ehefrau zugewendete Anspruch unmittelbar auf das von der Gesellschaft im Versicherungsvertrag dem Ehemann abgegebene Versprechen der Leistung an den ihr bezeichneten Dritten sich gründet, und nicht erst vom Versicherungsnehmer auf sie übertragen oder überwiesen, vielmehr nicht ins Vermögen des letzteren gelangt ist. Andererseits können aber auch die vom Mann aus Errungenschaftsmitteln geleisteten Prämienzahlungen nicht Gegenstand der Anfechtung sein, obwohl durch sie seinen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen sind, weil diese Zahlungen an die Gesellschaft und nicht an die Bekl. geleistet und auch nicht mittelbar an die Bekl. gelangt sind. Die Annahme, daß durch diese Zahlungen die Bekl. mittelbar, nämlich in dem ihr hiedurch verschafften Anspruch auf die Versicherungssumme, bereichert sei, ist im vorliegenden Fall schon deshalb rechtlich nicht haltbar, weil dieser Anspruch der Bekl. nicht erst durch die Zahlung der Prämie, sondern schon (gegen deren Zusage) durch den Abschluß des Versicherungsvertrags verschafft worden ist, sofern nach § 2—4 der Versicherungsbedingungen die Zahlung der Prämie nicht Vorbedingung für die Entstehung der bezeichneten Verpflichtung der Gesellschaft ist, und die Gesellschaft bezüglich der Annahme der Prämienzahlung auch nicht als Vertreterin der Beklagten, oder als „Empfangsperson" für dieselbe gelten kann, da sie die Prämien in eigenem Namen und für eigene Rechnung erwerben will. Aber auch nur wirtschaftlich betrachtet, ist es nicht richtig, daß die Prämienzahlungen durch die Auszahlung der Versicherungssumme (oder durch den Anspruch auf diese) ihrem Wert nach an die Beklagte gelangen und deren Vermögen aus des Versicherungsnehmers Mitteln bereichern. Denn der Anspruch auf die Versicherungssumme und deren Auszahlung ist, wie gezeigt, von der Zahlung einer Prämie überhaupt wie auch von Zahl und Größe der Prämienleistungen unabhängig, da zwischen der Prämie und der Versicherungssumme das Größenverhältnis zu bestimmen

der Willkür der Beteiligten überlassen bleibt[1]).

Es kann deshalb der in der Entscheidung des obersten Landesgerichts für Bayern vom 13. November 1885[2]) hinsichtlich der Prämienleistung entwickelten Ansicht nicht beigetreten werden, wie sie denn auch von der Doktrin abgelehnt worden ist[3]).

Auch wenn man davon ausgeht, daß die bei der Gesellschaft in New-York zu Gunsten der bekl. Ehefrau, eventl. des gemeinsamen Kinds, von der Bekl. mit Zustimmung ihres Manns — also auf Grund übereinstimmenden Willens beider Gatten — genommene Lebensversicherung kein von der Errungenschaftsgemeinschaft für Errungenschaftszwecke vorgenommenes entgeltliches Rechtsgeschäft gewesen und deshalb der Erwerb aus diesem Geschäft (der Anspruch auf die Versicherungssumme) nicht in die Errungenschaftsgesellschaft gefallen sei, vielmehr die aus dem von der beklagten Ehefrau allein abgeschlossenen Versicherungsvertrag ihr allein erwachsene Verpflichtung zur Prämienzahlung eine Sonderschuld der Frau gebildet habe, so wäre doch darin, daß der Ehemann dieser Sonderschuld der Frau aus gemeinschaftlichen Mitteln bezahlt hat, eine der Ehefrau gemachte unentgeltliche Zuwendung auch bezüglich der Hälfte des Betrags nur dann zu finden, wenn feststünde, daß er hiebei von der Absicht geleitet gewesen sei, die Ehefrau zu bereichern, d. h. für diese Zahlung einen Ersatz von ihr nicht zu fordern; das kann aber, da Freigebigkeiten auch unter Ehegatten nicht zu vermuten sind, nicht ohne weiteres angenommen werden,

1) Reichsger. Entsch. Bd. 3, S. 106 und dort angeführte.

2) Bei Seufferts Archiv, Bd. 41 Nro. 138 S. 213.

3) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 338 ff., S. 366 ff.; Jäger, Kom. zur Konk.-Ordg. S. 264, Anm. 27/28 zu § 32; Petersen-Kleinfeller, Konk.-Ordg., 4. Aufl., S. 181 unten. Das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 12. Dezbr. 1894 — Annalen von O. Klemm, Bd. 16 S. 176 ff. — beruht auf der besonderen Bestimmung des sächsischen B.G.B. § 853 ff. und hat die hier vorliegende Frage der Anfechtbarkeit der Prämienzahlung nicht entschieden.

vielmehr erscheint es als das Näherliegende anzunehmen, daß der Ehemann mindestens für den Fall, daß die Frau sich vorbehalten haben sollte, über den Versicherungsanspruch oder über die an sie zur Auszahlung gelangende Versicherungssumme zu ihren Sonderzwecken zu verfügen, seinerseits sich vorbehielt, für den an den gezahlten Prämiengeldern ihn selber treffenden Anteil von der Ehefrau aus ihrem Sondergut Ersatz zu verlangen, bezw. bei einer Auseinandersetzung der Gemeinschaft ihr diesen Anteil aufzurechnen. Steht aber hienach jedenfalls nicht fest, daß bei der Zahlung der fraglichen Prämie der verstorbene Ehemann die Absicht kundgegeben habe, für diese Zahlung Ersatz nicht zu verlangen, so kann die Leistung dieser Zahlung nicht als eine zu Gunsten der Frau gemachte unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 Konk.-Ord. gelten, und ist deshalb der auf diesen Grund gestützte Anspruch des Klägers auf Rückgewähr dieser Zahlung nicht begründet.

Urteil des I. Civilsenats vom 16. Mai 1902 i. S. Esser'sche Konkursmasse g. Esser.

44.

1. Last der Faselviehhaltung als eine mit einem Realgemeinderecht verknüpfte oder als eine unter das Komplexlastengesetz fallende Last?

2. Wann ist durch eine Klagänderung die Verteidigung des Bekl. „wesentlich erschwert"?

Auf dem aus bestimmten Güterstücken im Gesamtmeßgehalt von 13⅛ Morgen sich zusammensetzenden, zu der Markung der bekl. Gemeinde gehörigen sog. Widdumgute, welches im ungeteilten Miteigentum der beiden Klr. steht, ruht die Last der Faselviehhaltung für die bekl. Gemeinde.

Dieses Widdumgut hatte lt. Lagerbuch von 1711, wie unter den Parteien nicht bestritten ist, einst der Pfarrei W.

oder der geistlichen Verwaltung G., gehört, und war „gemeiniglich einem Inwohner des Fleckens W. auf drei Jahr lang, mit angedingter Besserung, die dritte oder vierte Garbe auf dem Feld daraus zu geben" und gegen die Verpflichtung „den Flecken W. mit dem Faselvieh, nämlich einem Farren und einem Eber nach aller Notdurft zu empfahen", verliehen worden. Lt. Reversbrief von 1580 wurde das Gut an K. Th. in W. um 190 fl. verkauft und von dem Käufer für sich, „seine Erben und Nachkommen oder Inhabern der Güter" die Verpflichtung übernommen, „fürohin zu ewigen Zeiten" neben Entrichtung der gewöhnlichen Steuer und Beeth und den ordentlichen Zehnten „das Faselvieh ohne Klag zu erhalten und zu versehen". —

Die Kläger haben bei dem Landgericht H. Klage auf Feststellung dahin erhoben, daß die bezeichnete Faselviehlast realgemeinderechtlicher Natur sei und der Ablösung gemäß dem Gesetze vom 27. Novbr. 1900 unterliege; in der mündlichen Verhandlung haben sie den eventuellen Antrag beigefügt, die genannte Last als nach dem Gesetze vom 19. April 1865 ablösbar zu erklären. Die Parteien waren zwar einig darüber, daß die Last eine Reallast sei; von der Bekl. wurde jedoch Abweisung beider Gesuche, gegen deren letzteres zunächst die Einrede der Klageänderung erhoben worden war, beantragt, indem das von den Kln. behauptete Zutreffen der Voraussetzungen des einen oder des andern der beiden bezeichneten Gesetze bestritten wurde.

Das Landgericht hat das in erster Linie gestellte Gesuch für unbegründet erachtet, in dem eventuell gestellten Gesuche eine Klagänderung gefunden und diese gemäß § 264 C.P.O. nicht zugelassen, demgemäß die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klr. ist nach ihrem in zweiter Linie gestellten Antrag erkannt worden aus folgenden

Gründen:

Die streitigen Ansprüche sind gemäß Art. 113. 164 E.G. z. B.G.B. nach Landesrecht zu beurteilen. Die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte ergibt sich aus Art. 45 Ges. vom

28. Nov. 1900 betr. die Ablösung der Realgemeinderechte und ähnlicher Rechte und aus Art. 12 Ges. vom 19. April 1865 betr. die Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke.

1. Nach Art. 1 Abs. 1 Ges. v. 28. Nov. 1900 unterliegen der Ablösung die mit Realgemeinderechten oder ähnlichen Rechten als bleibende Last verknüpften privatrechtlichen Verbindlichkeiten zu Leistungen für öffentliche Zwecke.

Unstreitig ruht auf den, unter dem Namen „Widdumgut" zusammengefaßten gegenwärtig im Eigentum der Klr. stehenden Liegenschaften die Last der Faselviehhaltung, die Verpflichtung, die bekl. Gemeinde mit einem Farren und einem Eber zu versehen. Auch darüber sind die Parteien mit Recht einig, daß diese Verbindlichkeit als auf unwiderruflich wiederkehrende, dem jeweiligen Inhaber der Liegenschaften obliegenden Leistungen gerichtet, eine zu Gunsten der Gemeinde bestehende Reallast darstellt, m. a. W. daß jene Leistungen nicht bloß Ausfluß eines noch fortdauernden, wechselseitigen obligatorischen Verhältnisses sind, was sie vordem, zur Zeit der Verpachtung des in Rede stehenden Widdumgutes der Pfarrei W. gewesen sein mögen. Es kann ferner einem Zweifel nicht unterliegen, daß es sich hiebei um auf einer privatrechtlichen Verpflichtung beruhende, einem öffentlichen Zwecke, nämlich der Erhaltung und Förderung der Viehzucht, dienende Leistungen handelt[1]).

Dagegen ist nicht der entfernteste Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß diese Last mit einem Realgemeinderecht oder einem ähnlichen Recht verknüpft wäre. Es ist unter den Parteien die aus dem in Abschrift vorliegenden „Revers" und Auszug aus dem Lagerbuch von 1711 zu entnehmende

1) 2. Kommissionsbericht zum Entw. d. Ges. vom 19. April 1865 im 1. Beil.-Band, 3 Abt., der Verh. d. K. d. Abg. 1862/65, S. 2059; Mot. des Ges. vom 28. Nov. 1900 im 2. Beil.-Band der Verh. d. K. d. Abg. 1899, S. 56. 58; Kom.-Ber. im 3. Beil.-Band 1899/1900, S. 694; Römer, Manuskr. des Württ. Privatrechts § 113, I 2; Steinheil, Komplexlasten-Ablös.-Ges. S. 41.

Tatsache außer Streit, daß das gegenwärtig im Eigentum der Klr. stehende „Widdumgut" einst der Pfarrei W. gehörte und von dieser je auf einige Jahre gegen die Verpflichtung, gewisse Zehnten zu geben und das Zuchtvieh für den Flecken W. zu unterhalten, verliehen wurde, bis es im Jahre 1580 an K. Th. unter Anbedingung der Faselviehlast verkauft worden ist. Unter „Widdumgütern" „bona dotalia" sind Güter zu verstehen, welche „den Klöstern, Stiften, Kirchen 2c. zur Brautgabe, dos gewidmet und übergeben wurden". „Dieselben wurden hernachmals teils als eigene Güter beibehalten und entweder den Geistlichen und Beamten zu Besoldungsgütern überlassen oder selbst verwaltet oder verliehen, teils aber auch bald als Erb- bald als Falllehen — und zwar regelmäßig mit der Verpflichtung des Zuchtviehs zu halten — hingegeben: teils verkauft und nur ein gewisser Zins darauf gelegt" [1]). Es war also Kirchengut, welches an K. Th. verkauft wurde und bei dessen Veräußerung die Last, das Faselvieh zu halten, als Reallast vorbehalten wurde [2]). Hiernach handelt es sich um eine Last, welche auf einem Gute ruht, das einst einem kirchlichen Subjekt gewidmet und später aus dessen Eigentum in das Eigentum eines Privatmanns übertragen worden ist, auf einem Gute hinsichtlich dessen irgend welche Beziehungen zu einem realgemeinderechtlichen Verband überall nicht zu ersehen sind. Ebensowenig läßt sich das belastete Eigentum als ein den Realgemeinderechten ähnliches Recht im Sinn des Art. 1 Ges. vom 25. Nov. 1900 betrachten; denn, wie den Motiven zu diesem Gesetze und dem mit denselben übereinstimmenden Kommissionsberichte [4]) zu entnehmen, sind unter „Realgemeinderechten ähnlichen Rechten" realgemeinderechtliche, jedoch nicht aus der alten Markgenossenschaft hervorgegangene Nutzungsrechte und

1) Hochstetter, Beschreibung von dem geistlichen Gut im Herzogtum Württemberg. Manuskr. II. Teil, 4 Kap. § 2 S. 192.

2) Reyscher, Württ. Privatrecht I. § 256.

3) A. a. O. S. 57.

4) A. a. O. S. 695.

sonstige, einzelnen Ortseinwohnern eingeräumte besondere Rechte auf eine höhere Teilnahme an den Gemeindenutzungen, sog. Gemeinderechte zu verstehen.

Fällt somit die in Rede stehende Last nicht unter die der Ablösung nach dem oben genannten Gesetze unterliegenden Leistungen, so erscheint dagegen nicht zweifelhaft, daß sie zu denjenigen Lasten gehört, auf welche sich das Komplexlastengesetz bezieht. Nach Art. 1 Abs. 1 dieses Gesetzes unterliegen der Ablösung Leistungen für öffentliche Zwecke, welche mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft und nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind; die in Abs. 2 bestimmten Ausnahmen kommen nicht mehr in Frage. Nach dem oben bemerkten liegt hier eine auf dem Widdumgut ruhende Reallast vor, welche als solche unter das Gesetz fällt[1]); daß sie, wie seitens der Bekl. behauptet wird, auf einem „Vermögensinbegriff oder dem Bruchteil eines solchen" ruhen müsse, fordert das Gesetz nach seinem klaren Wortlaut nicht; übrigens ist ja im vorliegenden Fall dieselbe auf den zu dem Widdumgut verbundenen Güterkomplex gelegt. Sie enthält ferner, wie ebenfalls schon gesagt, die Verpflichtung zu Leistungen für einen öffentlichen Zweck, woran natürlich nicht, wie Bekl. geltend macht, der Umstand etwas ändert, daß mit den Leistungen einer privatrechtlichen Verbindlichkeit Genüge getan wird. Endlich handelt es sich um Leistungen, die nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind. Indem die Klr. vermöge ihres Eigentums an dem Widdumgute als eine bei dessen Erwerbung durch ihren Rechtsvorgänger auf dasselbe gelegte Last das Faselvieh für die bekl. Gemeinde zu halten und zu unterhalten haben, liegt ihnen eine Leistung öffentlichrechtlicher Art ob, für welche nach Entwicklung der öffentlichrechtlichen Verhältnissen in der Gegenwart die Gemeinde als solche zu sorgen hat; in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen ist ein Rechtsgrund nicht zu finden, aus welchem

1) Steinheil, a. a. O. S. 66 VII. Abs. 2.

die der Gemeinde obliegende Fürsorge für die Viehzucht in der hier in Rede stehenden Richtung einem Privatmann überhaupt und insbesondere den Kln. aufgebürdet werden könnte [1]). Hiernach sind sämtliche Voraussetzungen der Ablösbarkeit der Last nach dem Gesetze vom 19. April 1865 gegeben; unerheblich ist, daß, wie für die Bekl. geltend gemacht ist, die Klr. sich geweigert haben, auf dem Wege des Art. 19 des Gesetzes durch Abtretung der belasteten Grundstücke sich ihrer Verbindlichkeiten zu entledigen.

Die Bekl. hat nun allerdings in I. Instanz schon vor der Einlassung auf das erst in der mündlichen Verhandlung in zweiter Linie gestellte Gesuch, die Last als nach dem eben bezeichneten Gesetze ablösbar zu erklären, geltend gemacht, daß dieses Gesuch eine Klageänderung enthalte. Allein wenn dieser Einwand auch richtig sein mag, so lag und liegt doch nach § 264 C.P.O. kein Grund vor, die Klageänderung nicht zuzulassen. Es kann nicht zugegeben werden, daß durch dieselbe die Verteidigung der Bekl. wesentlich erschwert werde. Für die Frage, ob dies zutrifft, kann nicht entscheidend sein, daß die ursprüngliche Klage unbegründet, die geänderte begründet, die Verteidigung gegen letztere aussichtslos ist; denn eine Verbesserung der Begründung des erhobenen Anspruchs oder die Ersetzung des ursprünglichen durch einen besser begründeten Anspruch wird die Klageänderung wohl stets in sich schließen. Sie wird regelmäßig auch eine veränderte Verteidigung erfordern. Im vorliegenden Fall ist die letztere aber nicht einmal in eine ganz andere Richtung gedrängt worden, sofern beide Klaganspräche unter sich nahe verwandten Rechtsgebieten angehören. Dazu kommt, daß die ihnen zu Grunde gelegten Tatsachen identisch und durchaus unbestritten sind. Die Bekl. hat sich von vorn-

1) Zu vergl. Ges. betr. die Farrenhaltung vom 16. Juni 1882 nebst Mot. in 1. Beil.-Band der Verh. d. K. d. Abg. 1880/82, S. 435 ff. u. Ges. desselben betreffs vom 24. Mai 1897 nebst Mot. in 5. Beil.-Band der Verh. der K. d. Abg. 1895/97, S. 129 ff. und Steinheil, a. a. O. S. 69 ff.

herein darauf beschränkt, die Anwendbarkeit des einen oder andern Ablösungsgesetzes in Abrede zu ziehen, und auch gegenüber dem abgeänderten Klaganspruch die Absicht, weiteres tatsächliches Material beizubringen, niemals zu erkennen gegeben. Das Zutreffen der Voraussetzungen des Komplexlastenablösungsgesetzes zu prüfen, kann, wenn es je nicht schon von vornherein geschehen sein sollte, als eine unbillige oder schwierige Zumutung an die Bekl. um so weniger betrachtet werden, als hiefür dem Vorbringen der Partei maßgebende Bedeutung nicht zukommt, sondern die Beurteilung von Seiten des Richters entscheidet. Den Verlust einer Instanz, welchen die Bekl. geltend macht, hat sie ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Hienach war kein Bedenken zu tragen, die in zweiter Linie erhobene Klage zuzulassen und sofort über dieselbe zu entscheiden.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 10. April 1902 i. S. Lägler g. Gemeinde Weiler.

45.

Zum Begriff der unzulässigen Klagänderung.

Die auf Bezahlung von gekauften Kleidern gerichtete Klage war ursprünglich auf die Behauptung gestützt, der Vater der zur Zeit des Kaufs minderjährigen Bekl., einer Schauspielerin, habe die Käufe genehmigt; im Berufungsverfahren machte sodann Klin. weiter geltend: Bekl. selbst habe nach erlangter Volljährigkeit die Käufe genehmigt. Ueber die Frage, ob die hiegegen vorgeschützte Einrede der Klagänderung begründet sei, sagen die

Gründe:

Es handelt sich um die Frage der Aenderung des Klagegrunds. Eine solche liegt vor, wenn die tatsächlichen Grundlagen des mit der Klage — und zwar für die Berufungsinstanz, wie sie sich am Schlusse der mündlichen Verhandlung I. Instanz gestaltet hatte — geltend gemachten Rechtsver-

hältnisses in wesentlichen Punkten verändert werden. Grundlage der Klage sind einmal die mit der Bekl. geschlossenen Kaufverträge. Da sie aber wegen der Minderjährigkeit der Bekl. zur Zeit des Abschlusses für sich allein den Anspruch auf Erfüllung gegen die Bekl. nicht erzeugten, so bildete die die Wirksamkeit der geschlossenen Verträge gesetzlich bedingende Tatsache eine weitere für die Begründung der Klage notwendige Behauptung; die Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter und diejenige durch die volljährig gewordene Bekl. sind aber zwei verschiedene, in keinem Zusammenhang mit einander stehende Tatsachen. Andererseits kommt jedoch in Betracht: die Genehmigung der Verträge hatte nur einmal zu erfolgen: während der Minderjährigkeit durch den gesetzlichen Vertreter, mit Eintritt der vollen Geschäftsfähigkeit durch den Kontrahenten selbst, der nun gewissenermaßen an die Stelle seines ehemaligen gesetzlichen Vertreters getreten ist. So wird nunmehr von dem Klr. im Grunde nichts anderes geltend gemacht, als ein anderer Zeitpunkt des Rechtsaktes, welcher den Verträgen Wirksamkeit verliehen hat, und insofern ist bezüglich des wesentlichen Aktes der Genehmigung nur eine unwesentliche Modifikation der Klagebegründung eingetreten — unwesentlich auch insofern, als die Individualität des Klaganspruchs unberührt geblieben ist. Wenn deshalb das Vorliegen einer Klagändetung verneint und eine innerhalb der Grenzen des § 268 Abs. 1 Nro. 1 C.P.O. sich haltende Abweichung von der ursprünglichen Klagebegründung angenommen wird, so erscheint das bei dieser Frage im Interesse der Vermeidung einer unnötigen Vermehrung der Prozesse dem Richter zustehende Ermessen nicht als überschritten.

Urteil des II. Civilsenats vom 29. Dezember 1902 i. S. Breslauer g. Gersdorf.

46.

Kann Festsetzung der Prozeßkosten mit der Begründung verlangt werden, die unterlegene Partei habe in schlüssiger Weise tatsächlich auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet?

Die Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nach § 104 der C.P.O. nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Vollstreckungstitel bilden Endurteile, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind (§ 704 der C.P.O.). Die Rechtskraft tritt für Urteile der Oberlandesgerichte nicht vor dem Ablauf der Revisionsfrist ein, auch wenn sie Vermögensrechte zum Gegenstand haben und die Revisionssumme fehlt, weil die Revision auch gegen diese Urteile statthaft ist, wenn die Voraussetzungen des § 547 der C.P.O. vorliegen, darüber aber, ob diese zutreffen, ausschließlich das Revisionsgericht und nicht das Gericht erster oder zweiter Instanz entscheiden darf. Solange aber die Einlegung des Rechtsmittels statthaft ist, wird schon durch die Erhebung der Revision die Rechtskraft des Urteils gehemmt, bis über die Zulässigkeit entschieden ist. Diese schon vor Erlaß der Novelle vom 17. Mai 1898 in der Rechtsprechung vorherrschende Ansicht ist durch die Einfügung des § 711 der C.P.O. als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend außer Zweifel gestellt.

Dem Ablauf der Notfrist steht in der Wirkung gleich der nach der Verkündung erklärte Verzicht auf das Rechtsmittel, aber nur der Verzicht, welcher ausdrücklich, nach der Form prozeßrechtlicher Handlungen, sei es in der mündlichen Verhandlung, sei es durch Zustellung eines Schriftsatzes, dem Gegner gegenüber erklärt ist. Ein bloß aus den Umständen

zu folgernder, stillschweigend oder durch schlüssige Handlungen kundgegebener Verzicht kann nicht beachtet werden. Das folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 514 (vgl. mit § 566) der C.P.O.: der in die Entwürfe aufgenommene Beisatz: „die Verzichtleistung kann durch Handlungen erfolgen, aus denen die Absicht folgt, das Urteil nicht anfechten zu wollen", wurde in der Justizkommission gestrichen, „da andernfalls über die Frage, ob auf die Berufung durch konkludente Handlungen verzichtet worden sei, ein neuer Streit entstehen könnte."

Einen in der bezeichneten Form erklärten Verzicht hat die Klin. nicht dargetan, und es bedarf deshalb keiner Prüfung, ob das von der Klin. behauptete Verhalten des Bekl. für die Annahme eines Verzichts schlüssig erscheinen würde.

Da hienach die Rechtskraft des Urteils seitens der Klin. nicht nachgewiesen worden ist, so hat die Civilkammer mit Recht den beantragten Kostenfestsetzungsbeschluß abgelehnt.

Beschluß des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Lindenberger g. Flitsch.

47.

Zulässigkeit des Rechtswegs.

Klin. hat am 31. Mai 1891 von Z. ein Haus in der Kaiserstraße in Reutlingen gekauft. Ziff. 4 des Kaufvertrags lautet: „Der Käuferin wird das dingliche Recht eingeräumt, den Ab- und Zugang und die Ab- und Zufahrt über denjenigen Teil des Hofraums des Verkäufers" (der Parz. 855/1) „zu nehmen, welcher seiner Zeit zur Herstellung der Kaiserstraße zu verwenden ist. Eine Entschädigung hiefür an den Verkäufer ist nicht zu bezahlen und ist derselbe noch verpflichtet, dieses Straßenstück in stets gutem und fahrbarem Zustande auf seine Kosten zu unterhalten." Ueber diesen Vertrag ist gerichtlich erkannt und die Dienstbarkeit ist im Servitutenbuch eingetragen worden. Mit Kaufvertrag vom

28. März 1899 hat die beklagte Stadtgemeinde die belastete Parzelle 855/1 von Z. erworben; die Kaiserstraße wurde in der Folge auf der Strecke, an der sich das Haus der Klägerin befindet, ortsbauplanmäßig angelegt und hiezu auch der in der Straßenflucht fallende Teil der Parzelle 855/1 verwendet. Bekl. beansprucht nun von der Klin. einen Straßenbaubeitrag von 345 M., sei es — wie Bekl. behauptet — lediglich als Ersatz des Aufwands für Erwerbung der zur Straße nötigen Grundfläche oder — wie Klin. behauptet — auch als Ersatz des Aufwands für die Planierung; der Anspruch stützt sich auf Art. 15 Abs. 1 der Neuen Allgem. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 und § 3 des Reutlinger Ortsbaustatuts, dessen erster Satz lautet: „Bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer bestehenden Baustraße ist der Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche und für die Planierung von den angrenzenden Eigentümern zu tragen oder zu ersetzen, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden", und zwar nach einem in den folgenden Sätzen angegebenen Verteilungsmaßstab.

Klägerin hält sich nicht für verpflichtet, den geforderten Beitrag zu bezahlen und hat beantragt, festzustellen, daß Bekl. nicht berechtigt sei, die ihr durch den Ankauf des Grundstücks Parz. 855/1 und durch dessen Planierung als Straße erwachsenen Auslagen von der Klin. ersetzt zu verlangen. Die Klage ist wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Der Klagantrag geht auf die Feststellung, daß Bekl. nicht berechtigt sei, die ihr durch den Ankauf des Grundstücks Parz. 855/1 und durch dessen Planierung als Straße erwachsenen Auslagen (bis zum Betrag von 345 M.) von der Klin. ersetzt zu verlangen. Streitgegenstand ist also dieser Ersatzanspruch der Bekl., nicht etwa das (Privat-)Recht der Klin., zufolge dessen sie diesen Ersatzanspruch für unbegründet hält. Denn für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs

ist es gleichgültig, ob der fragliche Ersatzanspruch im Weg der Klage von dem angeblich Berechtigten geltend gemacht wird, oder ob der angeblich Verpflichtete im Weg der negativen Feststellungsklage den Ausspruch verlangt, der Ersatzanspruch sei unbegründet; von der Zufälligkeit, welcher dieser Wege eingeschlagen wird, kann die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht abhängen, für die in beiden Fällen ganz die gleichen Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte maßgebend sind [1]).

Der auf Art. 15 Abs. 1 der Allgem. Bauordnung und das Ortsbaustatut sich stützende Ersatzanspruch der Bekl. wurzelt aber ohne Frage im öffentlichen Recht und zu seiner Entscheidung sind die Verwaltungsgerichte berufen; s. Art. 10 Ziff. 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876, wonach vor die Verwaltungsgerichte gehören Streitigkeiten, die betreffen „die Beiziehung zu Abgaben, zu Beiträgen oder sonstigen Leistungen für öffentliche Zwecke der Gemeinde —, soweit nicht eine privatrechtliche Verbindlichkeit in Frage steht" [2]).

Wenn Klin. eine Einrede gegen diesen ohne Frage der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte unterworfenen Ersatzanspruch darauf stützen will, daß Bekl. zufolge privatrechtlicher Verpflichtung ihr gegenüber ohnehin verbunden gewesen sei, die Parz. 855/1 in den jetzigen Zustand zu versetzen oder darin zu erhalten, so vermag diese Einrede an der Natur des den Streitgegenstand bildenden Ersatzanspruchs der Bekl. und deshalb auch an der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über diesen Ersatzanspruch nichts zu ändern. Denn nicht die Dienstbarkeitsberechtigung der Klägerin, kraft deren sie den Ersatzanspruch der Bekl. abzulehnen sich für berechtigt hält, bildet den Streitgegenstand: würde festgestellt (was ja gar nicht bestritten ist), daß dieses Dienstbarkeitsrecht gegenüber der Bekl. besteht, so wäre damit die

1) Vgl. Württ. Jahrb. Bd. 8, S. 317 Abs. 3 u. arg. Gaupp-Stein 4. Aufl. Anm. IV, 2 a u. 5 zu § 256 C.P.O.

2) Vgl. hiezu z. B. Württ. Jahrb. Bd. 8, S. 355 ff.

im gegenwärtigen Prozeß streitige Frage noch in keiner Weise entschieden, nämlich die Frage, welchen Einfluß die bestehende Dienstbarkeitspflicht der Bekl. auf deren im öffentlichen Recht begründeten Anspruch auf einen Straßenkostenbeitrag der Klin. hat; hierüber hat aber der Verwaltungsrichter in gleicher Weise zu entscheiden wie über sonstige Einwendungen, die einem Anspruch auf Leistung eines derartigen Straßenkostenbeitrags entgegengesetzt werden [1]).

Wie schon bemerkt, ist die Verbindlichkeit zur Leistung solcher Beiträge keine privatrechtliche; die Ausnahme der angeführten Ziff. 7 des Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 („soweit nicht eine privatrechtliche Verbindlichkeit in Frage steht") greift somit nicht Platz. Mit Unrecht nimmt die Civilkammer an, diese Ausnahme sei „nicht exklusiv" aufzufassen, es sei nicht ausgeschlossen, daß „der Streit über die Beiziehung zu Abgaben u. s. w. auch noch aus andern Gründen den Charakter eines Privatrechtsstreits annehmen könne". Diese Ansicht steht mit dem Wortlaut und Sinn der einschlägigen Gesetzesbestimmung nicht im Einklang. Wenn der angeführte Art. 10 zunächst auch nur die Verwaltungsstreitsachen von den Verwaltungs- (und Rechtsbeschwerde-)Sachen abscheiden will, so spricht er damit doch zugleich aus, daß die in Art. 10 aufgeführten Streitigkeiten nicht — bezw. nur in den dort angeführten Fällen — zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gehören [2]).

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Juni 1902 i. S. Walter g. Reutlingen.

48.

Zum Begriff der Klagzurücknahme (§ 271 C.P.O.).

Kl. hatte in einer gem. Bekl. zugestellten Klage den Antrag angekündigt, zu erkennen, der Bekl. sei nicht berechtigt,

1) Sarwey, öffentliches Recht S. 334, 335 unten.

2) Vgl. Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu Art. 10 bei Hohl, Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 127 Abs. 2 von unten.

einen gewissen, vom Kl. an ihn verkauften Apparat weiter zu verkaufen. Später hatte er seinen Antrag dahin eingeschränkt, Bekl. solle in die Kosten des Rechtsstreits verfällt werden, indem er bemerkte: der Hauptanspruch sei dadurch gegenstandslos geworden, daß ein Dritter (mit Zustimmung des Kl.) den fraglichen Apparat vom Bekl. übernommen habe. Die Kosten des Rechtsstreits sind dem Kl. auferlegt worden.

In den

Gründen

des Beschlusses des Beschwerdegerichts ist u. a. gesagt:

Der klagend geltend gemachte Hauptanspruch ist nicht etwa dadurch gegenstandslos geworden, daß der Bekl. ihn anerkannt oder erfüllt hat, und ebensowenig infolge einer sonstigen vom Willen des Kl. unabhängigen Tatsache. Der Umstand für sich allein, daß Bekl. den Röstapparat — entgegen dem in der Klage angekündigten Verlangen des Kls. — verkauft hatte, hinderte den Kl. nicht, den Rechtsstreit in betreff der Hauptsache fortzusetzen; er konnte seinen Antrag nunmehr darauf richten, daß Bekl. den verkauften Apparat zurückzuerwerben und dessen abermaligen Verkauf zu unterlassen habe, oder darauf, daß ihm der Bekl. das Interesse ersetze, das er daran gehabt habe, daß der Apparat nicht verkauft werde. Der Rechtsstreit ist vielmehr in betreff des Hauptanspruchs d a d u r ch gegenstandslos geworden, daß Kl. die Uebernahme des Apparats durch die Firma N. gutgeheißen hat und infolge hievon keine Ansprüche mehr an den Bekl. zu erheben in der Lage war. Kl. hat also durch eine eigene Handlung, die vorzunehmen oder zu unterlassen in seinem freien Belieben stand, den Rechtsstreit hinsichtlich des Hauptanspruchs gegenstandslos gemacht. Wenn er infolge hievon den Hauptanspruch für gegenstandslos geworden erklärt hat, so hat er die Klage in betreff der Hauptsache z u r ü c k g e n o m m e n; daß er nicht den Ausdruck gebraucht hat, er nehme die Klage zurück, sondern seinen Antrag auf den Kostenpunkt beschränkt hat, mit der Begründung, die Klage sei

betreffs des Hauptanspruchs gegenstandslos geworden, ist ohne Bedeutung: wie der § 271 Abs. 3 C.P.O. nicht anwendbar ist, wenn ein Kl. deshalb „die Klage zurücknimmt", weil der Bekl. auf die Klage hin den Klaganspruch anerkannt und befriedigt hat[1]), so findet andererseits der § 271 Abs. 3 C.P.O. Anwendung, wenn — wie im gegenwärtigen Fall — ein Kl. tatsächlich die Klage zurücknimmt, indem er den Hauptanspruch als infolge einer eigenen, freiwilligen Handlung des Kl. gegenstandslos oder erledigt erklärt[2]).

Beschluß des ersten Civilsenats vom 11. März 1903 i. S. Barth g. Kuhn.

49.

Ein Urteil kann nicht gleichzeitig als Zwischenurteil i. S. des § 304 und als Vorbehaltsurteil i. S. des § 302 C.P.O. erlassen werden.

Eine Civilkammer hatte ein Urteil dahin verkündet: „Es wird festgestellt, daß der vom Kl. erhobene Anspruch dem Grunde nach besteht. Die Entscheidung über den Betrag und über die vom Bekl. erhobene Aufrechnungseinrede, sowie über die Kosten des Rechtsstreits wird vorbehalten". Dieses Urteil ist im Berufungsverfahren aufgehoben worden aus folgenden

Gründen.

Das mit der Berufung des Bekl. angefochtene Urteil leidet an inneren Widersprüchen und für den Inhalt des Urteils kausalen, nicht durch Verzicht der Parteien heilbaren Fehlern. Die Entscheidung, daß der von dem Klr. erhobene Anspruch dem Grunde nach bestehe, ist als Urteil zugleich aus § 304 und aus § 302 C.P.O. gewollt und erlassen.

1) Gaupp-Stein, Anm. V zu § 271 C.P.O.

2) Gaupp-Stein, in und bei Note 2 zu § 271 C.P.O.; R.G. 15, Nro. 122 S. 426.

Nach § 304 ist sie ein (in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehendes) Zwischenurteil, welches nicht über den Anspruch selbst, sondern nur über einen der mehreren in Beziehung auf den Anspruch bestehenden, selbständigen Streitpunkte entscheidet. Dieselbe Entscheidung kann nicht ein Urteil aus § 302 sein; denn ein solches ist ein Endurteil über den Klaganspruch selbst (allerdings unter Vorbehalt der Entscheidung über die nicht erledigte Gegenforderung und deshalb auflösend bedingt)[1]). Aus der verschiedenen rechtlichen Natur der beiden Arten von Urteilen folgt auch, daß in einem Zwischenurteil gemäß § 304 über die Kosten nicht erkannt werden darf[2]), während in dem Vorbehaltsurteil gemäß § 302 über die Kosten erkannt werden muß[3]). Bei richtiger prozessualischer Behandlung hätte nach Lage des Falles ein Urteil weder nach § 302 noch nach § 304 erlassen werden dürfen. Ersteres Urteil kann nur ergehen, wenn die Verhandlung über die Klagforderung zur Entscheidung reif ist. Entscheidungsreife liegt nur vor, „wenn die Klagforderung an sich begründet und außer der geltend gemachten Aufrechnung alle anderen Einwendungen gegen dieselbe erledigt sind"; sie ist also nicht gegeben, wenn nur erst über einen der mehreren in Beziehung auf die Klagforderung vorhandenen Streitpunkte, über den Grund des Anspruchs, entschieden werden kann. Ein Zwischenurteil aus § 304 ist erst zulässig, wenn nicht nur über den gesamten Klaggrund, sondern auch über sämtliche gegen den Klaganspruch selbst gerichtete Einreden entschieden werden kann, so daß lediglich die Entscheidung über den Betrag des Anspruchs vorbehalten bleibt. Deshalb muß mit einem solchen Zwischenurteil auch über eine zur Aufrechnung geltend gemachte Forderung entschieden sein; denn die Aufrechnung berührt nicht nur die Höhe des Klaganspruchs, sondern bewirkt dessen Erlöschen.

1) S. Komm. zur C.P.O. von Gaupp, 4. Aufl.; Reineke 4. Aufl.; Seuffert, 8. Aufl. bei § 302.

2) Gaupp, 4. Aufl. bei und in Note 15 zu § 91 und die dort cit.

3) Gaupp a. a. O. Bem. 4, Abs. 1 zu § 302, Bem. 3, Abs. 1.

Unumgänglich ist die gleichzeitige Entscheidung über die Aufrechnungsforderung zumal dann, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, den Klaganspruch übersteigen soll[1]).

Nach dem Ausgeführten ist das Urteil I. Instanz völlig ungeeignet, eine gesetzliche Grundlage für das weitere Verfahren zu bilden. Daher könnte von der Aufhebung desselben und der Zurückweisung der Sache in die vorige Instanz gemäß § 539 C.P.O. nur abgesehen werden, wenn das Berufungsgericht unabhängig von dem mangelhaften Urteil zu einer prozessualisch korrekten materiellen Entscheidung zu gelangen, d. h. die Klage abzuweisen vermöchte. Dazu ist aber die Sachlage nicht angetan.

Urteil des zweiten Civilsenats vom 1. Mai 1902 i. S. Belsner g. Trottner.

50.

Keine Zusammenrechnung des Urteilsbetrags und des Betrags der festgesetzten Kosten im Fall des § 866 Abs. 3 C.P.O.

Die Gründe eines im Beschwerdeverfahren ergangenen Beschlusses besagen:

Zutreffend gehen die Vorinstanzen davon aus, es sei aus der in § 866 Abs. 3 der C.P.O. enthaltenen Bezugnahme auf § 4 der C.P.O. zu folgern, daß dann wenn — wie im vorliegenden Fall — die Eintragung einer Sicherungshypothek gleichzeitig für eine laut des Urteils geschuldete Hauptsumme und für die nach dem Kostenfestsetzungsbeschluß dem Gläubiger von dem Schuldner zu ersetzenden Kosten beantragt wird, behufs Erreichung des für die Sicherungshypothek vorgeschriebenen gesetzlichen Mindestbetrags nicht eine Zusammenrechnung jener Beträge stattfinden soll,

1) Jur. Wochenschrift 1895 S. 294, 379, 1896 S. 690, 1898 S. 69; Gaupp, 4. Aufl., Bem. 1, Abs. 2 zu § 304; Struckmann-Koch, 8. Aufl., Anm. 1, Abs. 2 zu § 304; Wilmowski-Levi, 7. Aufl., Anm. 2 zu § 276 a. F.

vielmehr die Hauptsumme allein maßgebend ist [1]).

Der von dem Beschwerdeführer in Bezug genommenen Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 17. Juni 1901 [2]) liegt nicht ein Fall der vorliegenden Art, sondern die Frage zu Grunde, ob nach Eintragung einer Sicherungshypothek für die Hauptsache wegen der auf weniger als 300 M. festgesetzten Kosten eine neue Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig ist.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 27. Januar 1903 i. S. Wurster g. Alber.

51.

Können Kosten eines zweiten Rechtsanwalts deshalb ersetzt verlangt werden, weil durch ihre Aufwendung angeblich Parteikosten erspart worden sind?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Die Civilkammer hat den Abstrich von 65 Pf. an der Kostenrechnung des Kl. damit begründet: die betreffenden Kosten seien dadurch entstanden, daß der — in E. wohnhafte — Prozeßbevollmächtigte des Kl. die Vertretung des Kl. für die mündliche Verhandlung einem andern Anwalt übertragen habe, und der Bekl. habe diese Kosten nicht zu erstatten. Hiegegen macht die Beschwerde geltend: wenn Kl. einem in St. wohnhaften Anwalt Prozeßvollmacht erteilt hätte, hätten die — vom Bekl. zu ersetzenden — Kosten einer Reise des Kls. nach St. zur Uebertragung der Vollmacht mindestens 3 M. betragen; Bekl. sei daher in keiner Weise dadurch beschwert, daß Kl. einen in E. wohnhaften Anwalt als Prozeßbevollmächtigten aufgestellt und dieser die Ver-

1) Vgl. Gaupp-Stein, C.P.O., 4. Aufl., Bd. 2 § 866, IV, b bei und in Note 8 und die daselbst angeführte Literatur. Anderer Ansicht Scheerer in der Jurist. Wochenschrift 1901 S. 300.

2) Rechtsprechung der Oberl.-Ger. Bd. 3 S. 15.

tretung des Kl. für die mündliche Verhandlung einem St.er Anwalt übertragen habe.

Allein nach dem Schlußsatz des § 91 C.P.O. sind die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte. Angesichts dieser Gesetzesbestimmung kommt, soweit es sich um die Erstattung von Kosten mehrerer Rechtsanwälte handelt, darauf nichts an, ob die Partei bei Aufstellung des Prozeßbevollmächtigten in einer Weise hätte vorgehen können, daß (vom Gegner zu erstattende) Parteikosten in höherem Betrag entstanden wären, als der durch Aufstellung eines zweiten Anwalts verursachte Mehrbetrag der Anwaltskosten ausmacht; die Entscheidung hängt vielmehr in einem Falle, wo — wie hier — ein Wechsel in der Person des Anwalts nicht eintreten mußte, einzig und allein davon ab, ob und in welchem Betrag durch die Aufstellung eines zweiten Anwalts Kosten entstanden sind, die nicht entstanden wären, wenn der zuerst aufgestellte Anwalt allein die Partei während des ganzen Verfahrens vertreten hätte. Die in Rede stehenden Kosten wären nun aber nicht entstanden, wenn der zum Prozeßbevollmächtigten des Kl. bestellte Anwalt selbst den Kl. in der mündlichen Verhandlung vertreten hätte. Demgemäß ist Bekl. diese Kosten zu erstatten nicht verpflichtet.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Schwarz g. Hailer.

52.

Berechnung des Streitwerts bei einer auf einen Vergleich über die Unterhaltspflicht gestützten Klage.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Die Beschwerde richtet sich dagegen, daß das Landgericht den Streitwert nach der Vorschrift des 9a des G.K.G. berechnet hat, obwohl die Klage nicht auf die gesetzliche Un-

terhaltspflicht des Bekl., sondern auf den die gesetzliche Unterhaltspflicht festsetzenden Vergleich gestützt war. Diese Rüge erscheint nicht begründet.

Der § 9a des G.K.G. beruht, wie die Entstehungsgeschichte ersehen läßt[1]), auf der Erwägung, daß, wenn die Gebühr für Ansprüche auf gesetzliche Alimente, insbesondere für Verpflegungsgelder der im außerehelichen Beischlaf erzeugten Kinder, nach § 9 der C.P.O. berechnet wird, eine Ueberlastung der meist unvermöglichen Partei eintritt, welche auch für die Alimentationsberechtigte selbst nachteilig wirkt. Deshalb wurde für Fälle dieser Art dadurch Abhilfe geschaffen, daß die Zahl der einzurechnenden Jahre herabgesetzt wurde. Dieser gesetzgeberische Grund trifft nun aber in gleichem Maße zu, ob der eingeklagte Alimentenanspruch unmittelbar auf das Gesetz gestützt wird oder ob er durch Anerkenntnis oder Vergleich festgelegt und dadurch rechtlich auf einen andern Grund gestellt worden ist. Auch der Wortlaut des Gesetzes verbietet es nicht, die Fälle der letzteren Art unter die Vorschrift des § 9a zu stellen. Die „auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden" Alimentenforderungen sind nicht bloß diejenigen, welche ihren unmittelbaren Klagegrund im Gesetz haben, sondern alle diejenigen, deren Berechtigung das Gesetz anerkannt und gesetzlich festgestellt hat, weil die Verhältnisse den Unterhaltungsanspruch als gerechtfertigt erscheinen lassen. Ihr Charakter als Alimentenforderung wird dadurch nicht berührt, daß die Erfüllungspflicht durch Anerkenntnis oder Vergleich geregelt worden ist. Für den Gebührenansatz trifft der etwa für die Zuständigkeitsfrage maßgebende Gesichtspunkt nicht zu, nachdem der Gesetzgeber den § 9a absichtlich außer Zusammenhang mit der Zuständigkeitsfrage ins Gerichtskostengesetz und nicht in die Civilprozeßordnung eingestellt hat.

Beschluß des I. Civilsenats vom 14. Mai 1903 i. S. Schittenhelm g. Bühler.

1) Vgl. die Begründung zum ursprünglichen Entwurf Reichstagsverh. Session 1887 Nr. 54; ferner Hahn-Mugdan, Mat. Bd. 8, S. 284.

53.

Zur Auslegung des § 13 Ziff. 4 R.A.G.O.

Eine Beschwerde wegen Abstrichs einer Beweisgebühr ist zurückgewiesen worden

„in Erwägung

1. daß der Anspruch des Anwalts auf Beweisgebühr, wenn auch nicht durch dessen Anwesenheit in den Beweisaufnahmeterminen so doch durch eine Tätigkeit im Beweisaufnahmeverfahren selbst bedingt ist, welche eine Vertretung der Partei darstellt, s. § 9 Nr. 4 R.A.G.O.;

2. daß aber die von dem Beschwerdeführer bezeichneten Akte:

a) Entgegennahme des Beweisbeschlusses und Korrespondenz mit der Partei,

b) Vorlegung von Urkunden in der (der Beweisaufnahme nachfolgenden) mündlichen Verhandlung,

c) Einsichtnahme der Beweisaufnahmeprotokolle

sich teils — zu a — nur als Vorbereitungshandlungen zur Beweisaufnahme und keineswegs als Vertretungshandlungen im Beweisaufnahmeverfahren selbst darstellen, teils — zu b — zum allgemeinen, durch die Prozeßgebühr vergüteten Geschäftsbetrieb im Sinne des § 13 Nr. 1 der R.A.G.O. gehören, teils endlich — zu c — eine der Beweisaufnahme erst nachfolgende Tätigkeit betreffen, welche gemäß § 17 der R.A.G.O. belohnt wird [1]).

Beschluß des II. Civilsenats vom 29. Dezember 1902 i. S. Siegle g. Mühleisen.

---

1) S. Jur. Woch.Schr. 1889 S. 69; 1892 S. 421; 1894 S. 18; 1898 S. 201. Willenbücher G.O. 5. Aufl. S. 115. Ziff. 10 lit. b.; Walter G.O. 3. Aufl. S. 232; Pfaffenrot G.O. 3. Aufl. S. 100 oben; Württ. Jahrb. Bd. 5 S. 43; Bd. 9 S. 358; Bd. 13 S. 201.

54.

Kann ein Bezirksnotar für Reisen, die er als Konkursverwalter gemacht hat, die Gebühren berechnen, die er für Reisen in amtlicher Eigenschaft zu beanspruchen hat?

Die Frage ist verneint worden.

Gründe:

Die Beschwerde des Konkursverwalters stützt sich auf die Behauptung, er habe die fragliche Reise in amtlicher Eigenschaft, d. h. in der Eigenschaft als Bezirksnotar gemacht, weil der Konkursverwalter als solcher auch zugleich in seiner Eigenschaft als Bezirksnotar tätig sei.

Diese Auffassung ist irrig: die Stellung eines Konkursverwalters hat an sich mit dem Amt eines Bezirksnotars nichts zu tun, wie schon daraus hervorgeht, daß ebenso wie ein Bezirksnotar oder Rechtsanwalt auch ein Kaufmann oder Gewerbetreibender oder ein sonstiger Privatmann Konkursverwalter sein kann; sowenig als ein Bezirksnotar oder ein Rechtsanwalt, der Vormund oder Pfleger ist, Reisen, die er zwecks Besorgung vormundschaftlicher oder pflegschaftlicher Verwaltungsgeschäfte macht, in seiner Eigenschaft als Bezirksnotar oder Rechtsanwalt ausführt, sowenig trifft dies bei Reisen zu, die ein Bezirksnotar in seiner zufälligen Eigenschaft als Konkursverwalter zu machen veranlaßt ist. So hat auch die zur Beratung der R.A.G.O. eingesetzte Reichstagskommission unter Zustimmung der Regierungskommissäre zum Protokoll vom 12. März 1879 festgestellt, daß der die Gebühren in Konkurssachen behandelnde 3. Abschnitt der R.A.G.O. keinerlei Einfluß auf die vom Konkursgericht nach § 77 (jetzt § 85) K.O. für den Konkursverwalter festzusetzende Entschädigung hat, — eine Feststellung, der augenscheinlich die Auffassung zu Grund liegt, daß ein Rechtsanwalt als Konkursverwalter nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig ist[1]).

1) Vgl. auch bez. der Gerichts- und Amtsnotare: Bolscher's Zeitschrift Bd. 27 S. 300 ff.; 38 S. 359/60.

Daraus, daß die Bezirksnotare (unter gewissen Voraussetzungen) verpflichtet sind, die Ernennung zum Konkursverwalter anzunehmen, folgt nicht, daß sie in der Stellung eines Konkursverwalters in amtlicher Eigenschaft tätig sind. Für Bezirksnotare, die zum Konkursverwalter nicht durch das vorgesetzte Amtsgericht ernannt werden, besteht jene Verpflichtung nicht, bezüglich ihrer läge also der von der Beschwerde dafür, daß die Bezirksnotare als Konkursverwalter in amtlicher Eigenschaft tätig sind, angeführte Grund nicht vor; es ist aber nicht denkbar, daß derselbe Beamte in derselben Stellung das einemal in amtlicher Eigenschaft, das anderemal nicht in solcher Eigenschaft tätig ist. Wenn sodann die Beschwerde darauf hinweist, daß die Bezirksnotare auf Nebengeschäfte und einen gewissen Nebenverdienst angewiesen seien, so kann dies für Beantwortung der Frage, ob sie in der Stellung von Konkursverwaltern in amtlicher Eigenschaft tätig sind, umsoweniger in Betracht kommen, als sie ja für ihre Geschäftsführung als Konkursverwalter unter allen Umständen eine Vergütung zu beanspruchen haben.

Beschluß des I. Civisenats vom 4. April in der Beschwerdesache der Wohlfahrt'schen Konkursmasse.

B. in Strafsachen.

13.

Was ist unter „Zum Verkauf bringen“ im Sinn der Minist.-Verfügung vom 21. Febr. 1896 zu verstehen?

Der Viehhändler M. hat am 3. November 1902 zu E. ein in seinem Handelsstall stehendes Rind an den Bauern J. D. verkauft, ohne im Besitz eines Gesundheitszeugnisses über dasselbe zu sein; er hat jedoch dem Käufer von letzterem Umstand Mitteilung gemacht und ihm verabredetermaßen das Rind erst zugeschickt, nachdem er in den Besitz eines Gesundheitszeugnisses gelangt war. Dieselbe Feststellung ist gegenüber dem Viehhändler L. in einem gleichartigen Fall getroffen worden. Gegen beide Angeklagte sind hiewegen durch polizeiliche Strafverfügung des Oberamts O. auf Grund des Art. 25 Ziff. 4 Württ. Pol.Str.Ges. Geldstrafen ausgesprochen worden, weil sie je ein in ihrem Stall aufgestelltes Rind zum Verkauf gebracht haben, ohne daß das nach § 3 Min.Verf. vom 21. Februar 1896 vorgeschriebene Gesundheitszeugnis vorgelegen habe. Auf Anrufen gerichtlicher Entscheidung sind die Angeklagten in beiden Vorinstanzen freigesprochen, auf Revision des Staatsanwalts jedoch unter Aufhebung des freisprechenden Berufungsurteils im Sinn der Anklage je wegen Uebertretung im Sinn des Art. 25 Ziff. 4 des Poliz.St.G. verurteilt worden.

Aus den

Gründen:

Die von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten der An-

gekl. eingelegte Revision rügt unrichtige Auslegung und Verletzung des cit. § 3 Min.Verf. in Verbindung mit § 66 Ziff. 4 des Reichsgesetzes vom $\frac{29. \text{ Juni } 1880}{1. \text{ Mai } 1894}$ betreffend die Abwehr und Unterdrücknng von Viehseuchen oder Art. 25 Ziff. 4 Württ. Pol.Strafges. Der Erfolg konnte ihr nicht versagt werden.

Die Ministerialverfügung vom 21. Februar 1896 ordnet unter Hinweisung auf die Strafbestimmung des § 66 Ziff. 4 des gen. Reichsgesetzes sowie Art. 25 Ziff. 4 Württ. Pol.-Strafges. verschiedene Maßregeln zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche an. Sie verfolgt dabei den besonderen Zweck, den Geschäftsbetrieb der Viehhändler scharfer Kontrolle zu unterstellen, weil, wie es in ihrem Eingang heißt, die Maul- und Klauenseuche eine besonders ausgedehnte Verbreitung erlangt habe und die Verbreitung der Seuche in einer Reihe von Fällen auf ihre Verschleppung durch Handelsvieh zurückzuführen sei. Nachdem hienach in § 2 bestimmt worden ist, daß Viehhändler, welche Rindvieh im Umherziehen feilbieten oder auf Märkten auftreiben, vor Beginn des Transports mit einem tierärztlichen Zeugnis über die Seuchenfreiheit der Tiere versehen sein müssen, werden in § 3 der Ministerialverfügung

„die von Händlern zum Zwecke des Verkaufs aufgestellten Rindviehbestände einer verschärften veterinärpolizeilichen Kontrolle in der Weise unterstellt, daß die Tiere, insoweit nicht ein Gesundheitszeugnis vorliegt, erst dann zum Verkauf gebracht werden dürfen, wenn die von dem beamteten Tierarzt vorzunehmende Untersuchung der Tiere ergeben hat, daß sie frei von Maul- und Klauenseuche sind".

Das Berufungsurteil nimmt nun an, daß die Angeklagten sich gegen diese Vorschrift nicht verfehlt haben, weil unter dem Ausdruck „zum Verkaufbringen" nicht schon der Abschluß des Kaufvertrags, sondern erst die Weggabe des verkauften Tieres aus dem Handelsstall verstanden sein könne,

und es hienach genüge, wenn, was seitens der Angeklagten geschehen, in letzterem Zeitpunkt ein Gesundheitszeugnis beigebracht sei.

Diese Auslegung der als Rechtsnorm geltenden Vorschrift ist eine irrtümliche, sie setzt sich in Widerspruch mit Wortlaut und Inhalt derselben und entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck der Ministerialverfügung überhaupt. Der Ausdruck „zum Verkauf bringen" kann zu Zweifeln Anlaß geben. Nach allgemeinem Sprachgebrauch bezeichnet man damit schon die Vorbereitungen zu einem Kaufsabschluß, Feilbieten und Vorzeigen der Ware, kurz die Einleitung der Kaufsverhandlungen. Es kann jedoch für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob die Verfügung den Ausdruck in diesem Sinn gemeint hat, nachdem festgestellt ist, daß das Vieh ohne Gesundheitszeugnis *verkauft* wurde. Denn mit dem Abschluß eines Kaufvertrags sind die Tiere jedenfalls zum Verkauf gebracht worden. Es läßt sich mit Wortlaut und Sprachgebrauch schlechthin nicht vereinigen, zu sagen, der Abschluß eines Kaufvertrags sei noch kein zum Verkaufbringen.

Die widersprechende Auslegung des Berufungsurteils legt aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, die übrigens nicht einmal als zutreffend anerkannt werden können, in jenen Ausdruck einen Sinn hinein, den er eben nicht hat, und der sicherlich von der Verfügung zum Ausdruck gebracht worden, wenn er gewollt gewesen wäre. Daß letzteres nicht der Fall ist, erhellt übrigens mit aller Deutlichkeit aus dem ferneren Inhalt des citierten § 3; dort heißt es weiter:

„Wird der Verkauf nicht innerhalb der Gültigkeitsdauer des vorliegenden Gesundheitszeugnisses zum Abschluß gebracht, so hat eine erneute Untersuchung der Tiere durch den beamteten Tierarzt stattzufinden."

Die Ministerialverfügung stellt also „zum Abschlußbringen" des Verkaufs und „zum Verkaufbringen" einander gegenüber und ordnet für den erstgenannten Zeitpunkt unter der gegebenen Voraussetzung eine erneute Untersuchung an.

Da nun unter zum Abschluß bringen des Verkaufs keineswegs ein späterer Vorgang verstanden sein kann, als die Wegbringung des verkauften Tieres aus dem Händlerstall, so ist klar, daß letzterer Vorgang nicht mit dem „zum Verkaufbringen" gleichbedeutend sein kann, denn sonst könnte nicht von einer erneuten Untersuchung des Tieres die Rede sein und es könnte nicht der Fall gesetzt werden, daß das vor dem „zum Verkaufbringen" ausgestellte Zeugnis beim Abschluß schon abgelaufen sei.

Ist hienach die Annahme des Berufungsgerichts, daß mit dem Ausdruck „zum Verkaufbringen" erst die Wegführung des verkauften Viehs aus dem Handelsstall gemeint sei, mit Wortlaut und Inhalt der Ministerialverfügung unvereinbar, so kann sie ebensowenig als durch Sinn und Zweck der letzteren geboten erachtet werden. Es mag zugegeben werden, daß die größte Gefahr der Ansteckung in der Ueberführung kranker oder verdächtiger Tiere in andere Stallungen liegt. Damit ist aber, wie auch das Berufungsurteil nicht verkennt, die Möglichkeit der Uebertragung des Ansteckungsstoffs keineswegs erschöpft und es kann insbesondere durch die, bei den Verkaufsverhandlungen bekanntlich in der Regel mit den Tieren in nahe Berührung kommenden Käufer u. s. w. die Seuche leicht verschleppt werden. Allerdings können auch noch andere Personen, außerhalb von Kaufsverhandlungen, an das Vieh herankommen und die Gefahr der Seuchenübertragung durch Menschen würde wohl nur dann beseitigt, wenn ein Stall, in welchem unkontrolliertes Vieh steht, gegen den Zutritt von Menschen überhaupt abgesperrt würde. Allein damit, daß letztere Maßregel nicht getroffen wurde, ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß nicht wenigstens Käufer und ihre Begleitung von der Berührung mit dem Vieh ferngehalten und damit jedenfalls insoweit ein tunlicher Schutz gegen die Uebertragung der Seuche durch Personen bezweckt wurde. Ueberdies wird auch der Gefahr des in Verkehrbringens unkontrollierten Viehs offenbar wirksamer begegnet, wenn von vornherein untersagt ist, über solches Vieh einen Verkauf zu schließen.

Die vorstehenden Erwägungen führen zu der Annahme, daß das in § 3 der Ministerialverfügung vorgeschriebene Gesundheitszeugnis jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, und darauf kommt es vorliegenden Falles allein an, vorliegen muß. Es ist nicht zu verkennen, daß die Vorschrift, in dem hier angenommenen Sinn verstanden, eine für den Betrieb des Viehhandels sehr einschneidende Maßregel bedeutet. Allein dessen ist sich die Ministerialverfügung wohl bewußt, sie will die Rindviehbestände der Viehhändler wegen der daraus dem einheimischen Viehstand fortgesetzt drohenden Seuchengefahr einer verschärften Kontrolle unterstellen.

Die eine Verfehlung gegen § 3 der Ministerialverfügung verneinende Entscheidung des Berufungsgerichts beruht hienach auf unrichtiger Auslegung dieser Vorschrift und ist daher nicht haltbar. Auf Grund des festgestellten Sachverhalts war vielmehr gegen die beiden Angeklagten der Schluß begründet, daß sie je von ihrem Rindviehbestand ein Rind ohne das in § 3 der Ministerialverfügung vorgeschriebene Gesundheitszeugnis zum Verkauf gebracht und damit gegen diese Vorschrift verstoßen haben. Darnach war die in den oberamtlichen Strafverfügungen angeführte Strafvorschrift des § 25 Ziff. 4 Württ. Pol.-Str.-Ges. gegen die Angeklagten zur Anwendung zu bringen und das Berufungsurteil demzufolge aufzuheben.

Urteil des Strafsenats vom 15. Juni 1903 gegen die Viehhändler David L. und Samuel M.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

11.

Zu Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung und zu §§ 6 u. 10 des Stuttgarter Ortsbaustatuts
(in der Fassung dieser §§ vom 1. April 1898).

Uebergang der Verpflichtung zur Erstattung der Kosten der Randsteine an den Gehwegen auf den späteren Gebäudebesitzer.

Der Beklagte E. R. ist seit April 1902 bis Oktober desselben Jahres Eigentümer des Hauses Nro. 82 der W.-Straße in Stuttgart gewesen. Nachdem er durch Beschluß des Gemeinderats Stuttgart vom 30. Mai 1902 gemäß §§ 6 und 10 des Stuttgarter Ortsbaustatuts verpflichtet worden war, den Gehweg vor seinem Hause herzustellen, kam er dieser Auflage nach, dagegen verweigerte er den Ersatz der Kosten der Randsteine, welche die Stadt schon am 16. Oktober 1901 mit einem Aufwand von 127 Mk. 12 Pfg. hatte setzen lassen mit dem Anfügen, daß dieser Ersatz nicht ihn, sondern seinen Rechtsvorgänger angehe, der auch schon am 26. Okt. 1901 die Auflage zur Herstellung des Gehwegs erhalten habe. Am 26. Oktober 1902 hat die Stadtgemeinde Stuttgart gegen den E. R. bei der Kreisregierung in Ludwigsburg verwaltungsgerichtliche Klage auf Zahlung von 127 Mk. 12 Pfg. nebst 4% Prozeßzinsen eingereicht; die Kreisregierung hat

diesem Antrage mit Urteil vom 29. Dezember 1902 entsprochen. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt und beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage kostenfällig abzuweisen.

Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Gründe:

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von dem Beklagten nicht die Herstellung eines Gehwegs, sondern den Ersatz eines Aufwands, den die Klägerin behufs Ermöglichung der Herstellung des Gehwegs gemacht hat; die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erscheint daher in Gemäßheit des Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 begründet.

Der Berufung kann jedoch im wesentlichen aus den von der K. Kreisregierung ausgeführten Gründen eine Folge nicht gegeben werden.

1. Da zu der Zeit, als der Beklagte das Haus Nro. 82 der W.-Straße in Stuttgart erwarb, der daselbst vorgesehene Gehweg noch nicht erstellt war, ist der Beklagte mit Grund durch Beschluß des Gemeinderats vom 30. Mai 1902 gemäß §§ 6 und 10 des Ortsbaustatuts zur Herstellung dieses Gehwegs verpflichtet worden; die frühere erfolglose Aufforderung an den Besitzvorgänger B. stand der durch den Besitzwechsel veranlaßten neuen Auflage an den Beklagten rechtlich nicht entgegen. Mit dieser rechtmäßig ergangenen Auflage ist für den Beklagten nach der Bestimmung des Ortsbaustatuts auch die Verpflichtung zum Ersatz der von der Klägerin aufgewendeten Randsteinkosten erwachsen. Dieser Verpflichtung, welche in der vom Beklagten anerkannten und tatsächlich erfüllten Verpflichtung zur Herstellung des Gehwegs mit eingeschlossen ist, konnte sich der Beklagte dadurch nicht entledigen, daß er das Haus nach Erstellung des Gehwegs am 2. Oktober 1902 weiter veräußert hat.

2. Der Einwendung des Beklagten, die Klägerin hätte ihren Ersatzanspruch in dem Zwangsversteigerungsverfahren

gegen B. anmelden und so ihre Befriedigung herbeiführen sollen, kann eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Anspruch im Falle seiner Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren zur Befriedigung gekommen wäre; jedenfalls war die Klägerin dem Beklagten gegenüber nicht verpflichtet, den Anspruch auf Ersatz der Randsteinkosten abgesondert gegen B. geltend zu machen. Es stand vielmehr in ihrem Ermessen, nachdem der Beklagte Eigentümer des fraglichen Hauses geworden und damit auch an der Erstellung des Gehwegs interessiert war, ihm, wie dies geschehen ist, die entsprechende Auflage zu machen, und damit auch seine Verpflichtung zum Ersatz der Randsteinkosten zu begründen.

Die privatrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Beklagten und seinem Besitzvorgänger B. werden durch die verwaltungsgerichtliche Entscheidung nicht berührt.

Urteil vom 14./21. Oktober 1903 in der Berufungssache Rennemüller gegen Stadtgemeinde Stuttgart.

12.

Zu Art. 11 Abs. 3 und 4 der Bauordnung.

Uebergang der Verpflichtung zur Bezahlung eines Dohlenbeitrags auf den späteren Gebäudebesitzer kraft ortsbaustatutarischer Vorschrift.

Der Beklagte L. M. ist seit dem Jahre 1900 Eigentümer der Gebäude Nr. 6 b, e, f, k, n, q der M.straße in Heilbronn. Das Abwasser dieser Gebäude wird mittels einer von dem Vorbesitzer Fabrikant W. V. hergestellten Anschluß-Hausleitung in die von der Stadtgemeinde Heilbronn in der M.straße erstellte öffentliche Dohle abgeleitet. Der auf Grund des Art. 11 Abs. 3 und 4 der Bauordnung und der Bestimmungen in §§ 2—6 des revidierten Ortsbaustatuts der Stadt Heilbronn berechnete Dohlenbeitrag für die genannten Gebäude beträgt 530 M. 56 Pf., wovon nach Abrechnung einer im Jahre 1884/85 von dem Vorbesitzer geleisteten Zah-

lung von 150 M. 72 Pf. noch 379 M. 84 Pf. im Rückstand sind. Dem Klageantrag der Stadtgemeinde Heilbronn entsprechend hat die Kreisregierung in Ludwigsburg den Beklagten mit Urteil vom 10. Juni 1903 zur Bezahlung dieses Betrags verpflichtet.

Die Berufung des Beklagten wurde von dem Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen.

Aus den

Gründen:

In der Sache handelt es sich um die Entscheidung der Frage, ob der Dohlenbeitrag nur von demjenigen Hausbesitzer gefordert werden kann, der den Anschluß an die städtische Dohle herbeigeführt hat, oder ob die Verpflichtung zur Entrichtung des Dohlenbeitrags auf jeden Hausbesitzer übergeht, der das Haus mit dem Anschluß an die städtische Dohle übernimmt. Für die letztere Alternative spricht der Wortlaut der maßgebenden Vorschriften. Nach Art. 11 Abs. 3 der Bauordnung können „die Gebäudebesitzer verpflichtet werden, der Gemeinde für jede Benützung ihrer unterirdischen Wasserableitungskanäle einen Beitrag zu leisten", und in den Motiven hiezu ist bemerkt, daß eine solche Verpflichtung „ihre vollkommene Begründung in dem gewöhnlich mit der Herstellung, Unterhaltung und Reinigung unterirdischer Wasserableitungskanäle verbundenen größeren Kostenaufwand, und in dem erheblichen Vorteil, den die Besitzer der längs solcher Kanäle stehenden Häuser vorzugsweise davon haben", findet (vgl. Bitzer, Neue allgemeine Bauordnung S. 150). Der § 6 des Heilbronner Ortsbaustatuts schreibt vor: „Für die Benützung der städtischen Kanäle zur Einführung von Hauskanälen haben die Eigentümer der letzteren einen einmaligen .... Beitrag zu entrichten"; zugleich ist allerdings bestimmt, daß dessen Bezahlung der tatsächlichen Einführung des Hauskanals in den städtischen Kanal vorauszugehen hat, und damit, insoweit die Stadt auf der Einhaltung dieses Zahlungstermins besteht, die Verpflichtung

des den Kanalanschluß herbeiführenden Hausbesitzers zur Regel gemacht; allein die Verpflichtung zur Entrichtung des Dohlenbeitrags ist, sowenig wie im Art. 11 Abs. 3 der Bauordnung, auf den den Anschluß erstellenden Hausbesitzer beschränkt, sondern allgemein den Eigentümern der Hauskanäle oder den Eigentümern der angeschlossenen Gebäude für die Benützung der städtischen Kanäle auferlegt. Die vom Beklagten behauptete Einschränkung kann auch nicht daraus abgeleitet werden, daß im § 6 Eingang des Ortsbaustatuts nur von der Benützung der städtischen Kanäle zur Einführung von Hauskanälen die Rede ist; denn die von den bürgerlichen Kollegien mit Genehmigung des Ministeriums des Innern vom 11. Janr. 1881 beschlossenen näheren Bestimmungen bezüglich der Beiziehung der Gebäudebesitzer zu den Kosten der städtischen Kanäle auf Grund des § 6 des Ortsbaustatuts halten an dieser Fassung nicht durchaus fest, und legen beispielsweise den Eigentümern der Hintergebäude, sowie der selbständigen Flügelanbauten den Beitrag auf „für die Benützung der städtischen Kanäle zur Einführung des Abwassers".

Nach dem Ausgeführten ist auf Grund des Art. 11 Abs. 3 der Bauordnung an der rechtlichen Zulässigkeit der Auflage von Dohlenbeiträgen an die jeweiligen die öffentlichen Kanäle benützenden Gebäudebesitzer nicht zu zweifeln; des weiteren geht der Verwaltungsgerichtshof, wenn auch in dieser Hinsicht die Fassung der Beschlüsse der Gemeindekollegien Anlaß zu Zweifel und Bedenken gibt, davon aus, daß die bürgerlichen Kollegien in Heilbronn mit den Vorschriften des Ortsbaustatuts und der Ausführungsbestimmungen dazu den darin vorgesehenen einmaligen Dohlenbeitrag in seiner Wirksamkeit nicht auf den Ersteller des Hauskanals beschränken, sondern auch auf den Rechtsnachfolger, welcher von dem Anschluß an die städtische Dohle den gleichen Vorteil hat, erstrecken wollten.

Auf den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 bezw. auf den § 892 des B.G.B. ist nicht weiter ein-

zugehen, nachdem der Bevollmächtigte des Beklagten selbst in der mündlichen Verhandlung die Unstatthaftigkeit der Eintragung der Dohlenbeiträge in das Güterbuch bezw. das Grundbuch anerkannt hat.

Die privatrechtlichen Verhältnisse des Beklagten, insbesondere ein etwaiger Ersatzanspruch desselben gegen den Besitzvorgänger, werden durch diese Entscheidung nicht berührt.

Der Sachlage entsprechend erachtet es der Verwaltungsgerichtshof, daß die Klägerin gegen Zahlung des eingeklagten Betrags durch den Beklagten ihre Ansprüche an den Rechtsvorgänger des Beklagten letzterem abtritt.

Urteil vom 14./21. Oktober 1903 in der Berufungssache Mandel gegen Stadtgemeinde Heilbronn.

III.

Abhandlung.

Verfügungsmacht des Ehemanns und Zwangsvollstreckung gegen ihn bei landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft.

R.-A. Dr. Schefold, Ulm.

Es ist herrschende Meinung in Theorie und Praxis, daß bei der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft der Mann die Befugnis hat, über die Gegenstände der Errungenschaft, bewegliche Sachen und Grundstücke, zu verfügen, und daß hievon nur die eine Ausnahme besteht, daß dem Mann versagt ist, Grundstücke für seine (eigene) Sonderschuld zu verpfänden. Dieser Ansicht ist neustens wieder in einem Urteil des Oberlandesgerichts vom 14. Februar 1901, Jahrbücher Bd. 14, S. 53 Ausdruck gegeben worden, und den bekannten Zeugnissen aus der Literatur, vor allem Wächter mag noch beigefügt werden, was Römer und Mandry in ihren Vorlesungen gelehrt haben; wir lesen hier bei Römer § 158: „Der Mann ist ganz unbeschränkt in der Disposition über die Errungenschaft und bedarf namentlich auch zur Veräußerung der Liegenschaft nicht der Einwilligung der Frau (Pfdgeſ. Art. 24); er kann die Errungenschaftsstücke sogar verschenken." Zum Beleg beruft sich Römer außer auf conc. Tub. IX, 68 und Wächter auch noch auf ein Gutachten der Tüb. Juristenfakultät vom 7. Juli 1864. Und Mandry

ſagt § 1, 70 c: „Der Ehemann iſt hier (nämlich bei der Errungenſchaftsgeſellſchaft) ſogar berechtigt, die Liegenſchaft zu veräußern, nur darf er die der Frau gehörige Hälfte der Immobilien nur mit Zuſtimmung der Frau für ſeine Sonderſchuld verpfänden Pfdgeſ. Art. 24."

Hinzu kommt nun noch: Mandry, das württ. Privatrecht, S. 225 unten: Hier bemerkt M., daß der Mann der Zuſtimmung der Frau nur bei Veräußerung der zum Sondergut gehörenden Grundſtücke (— alſo nicht bei der Veräußerung der errungenſchaftlichen —) bedürfe.

So ſtützt ſich alſo die herrſchende Meinung auf die konſtante Rechtſprechung des Oberlandesgerichts, auf Wächter, Römer, Mandry und die Tübinger Fakultät.

Gleichwohl wird es neuſtens wieder (Jahrbücher Bd. 15, S. 118 ff.) unternommen, die abweichende Anſicht, daß nämlich der Mann die zur Errungenſchaft gehörige Liegenſchaft nur zu ſozialen Zwecken zu veräußern befugt ſei, zur Geltung zu bringen. — Es ſcheint uns aber der Hauptgeſichtspunkt, aus welchem dieſer Verſuch gemacht wird, nicht zuzutreffen: es wird geltend gemacht, daß es der „rechtlichen Konſequenz" und der „natürlichen wirtſchaftlichen Anſchauung" widerſpreche, dem Ehemann auf der einen Seite die Verpfändung der Liegenſchaft zu Sonderzwecken zu verbieten, und ihm auf der andern den Verkauf zu jedem beliebigen Zweck zu geſtatten. — Dieſer Widerſpruch beſteht aber nicht, denn die Verpfändung von Geſamtgut zu Sonderzwecken iſt ein offenſichtlicher Mißbrauch des Verwaltungsrechts, der Verkauf der Liegenſchaft iſt dies nicht; bei einem ſolchen iſt der dritte Kontrahent nicht verpflichtet, das Grundbuchamt nicht berechtigt, den Zweck des Verkaufs, ob er ein ſozialer ſei oder nicht, zu prüfen und hiernach für die Behauptung des Mannes, daß er zu einem ſozialen Zweck verkaufe, Beweis zu fordern (ſ. Anm.). — Man wird hier auf eine ähnliche Streitfrage des neuen Rechts hingewieſen: Nach § 1445 bedarf der Mann der Einwilligung der Frau zur Eingehung der Verpflichtung zu einer Verfügung über ein

Gesamtgutsgrundstück. Zur Aufnahme eines Darlehens, dessen Höhe den Wert der ganzen Gesamtgutsliegenschaft weit übersteigt, bedarf er der Einwilligung nicht. — Aus dieser (scheinbaren) Anomalie folgert Scherer (Familienrecht ꝛc. 604, S. 158) die Annahme, daß der Ehemann auch nicht befugt sei, „große" Darlehen ohne Zustimmung der Frau aufzunehmen. Das Reichsgericht hat aber diese Ansicht mit Recht verworfen. R.G. Bd. 54, Nro. 75.

In der angeführten Abhandlung (Jahrbücher Bd. 15, S. 118) wird sodann (von S. 128 ab) die weitere Frage erörtert, was nach landrechtlichem Errungenschaftsgesellschaftsrecht bei der Vollstreckung eines gegen den Mann ergangenen Urteils Gegenstand der Zwangsvollstreckung sei. — Die Abhandlung kommt zu dem Ergebnis, daß Gegenstand dieser Zwangsvollstreckung sei das Sondergut des Mannes und nur dessen hälftiger Anteil an der Errungenschaft. — Wir meinen, daß auch hier die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts und die neueste Entwickelung von Theorie und Gesetzgebung auf dem gegenteiligen Standpunkt stehen, nämlich auf dem, daß schon nach württ. Landesrecht bei der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft Gegenstand der Zwangsvollstreckung gegen den Mann die ungeteilte Errungenschaft war und ist. — Unser Landrecht steht zwar bekanntlich auf dem Standpunkt, daß die Errungenschaft im condom. pro indiv. der Ehegatten sich befinde; s. nam. III, 7, § 2. Aber ganz im Gegensatz hiezu wird der Mann, wie oben ausgeführt, allgemein für befugt erachtet, über die ganze Errungenschaft, also auch über das Miteigentumsrecht der Frau allein frei zu verfügen. Giltig sind hiernach auch alle Verpflichtungen, die der Mann zur Verfügung über die Errungenschaft eingeht. Es ist nur ein kleiner Schritt weiter, zu sagen, daß auch alle Verpflichtungen des Mannes ohne Unterschied die Folge haben, daß die ganze Errungenschaft für deren Erfüllung haftet. — Soweit geht das Urteil des Oberlandesgericht vom 8. März 1888 Jahrb. Bd. 3, S. 196 noch nicht; hier wird einerseits die Unterwerfung der Errungenschaft unter die Zwangsvoll-

ſtreckung gegen den Mann nicht nur auf deſſen unbeſchränkte Verfügungsmacht, ſondern auch auf deſſen Verpflichtung gegründet, die Errungenſchaft zur Deckung der Sozialſchulden zu verwenden, und andererſeits wird dieſe Unterwerfung nur zu Gunſten von Sozialgläubigern ausgeſprochen. Jedoch ſcheint mir hier das maßgebende Prinzip noch nicht in voller Klarheit entwickelt zu ſein: Nicht auf die Verpflichtung des Mannes einerſeits kommt es an, ſondern auf ſeine Machtbefugnis, die Errungenſchaft zur Deckung von Schulden zu verwenden, und eben dieſe Verfügungsmacht andererſeits iſt vom ſozialen Zweck der Verfügung unabhängig. Ganz klar und beſtimmt ſpricht ſich dann aber das höchſte Landesgericht in dem Urteil vom 4. März 1895, Jahrbücher, Bd. 8, S. 331 aus; die maßgebenden Sätze ſind: „Der Anteil jedes Gatten an der Errungenſchaft — die ideale Hälfte — wird dem Ehegatten erſt bei der Auflöſung der Gemeinſchaft (endgültig) zugeſchieden; bis dahin ſtellt das gemeinſchaftliche Vermögen, nach außen jedenfalls, eine ungetrennte Maſſe dar, welche für die Veräußerung und Zwangsvollſtreckung als Vermögen des Ehemanns behandelt wird. Insbeſondere tritt vor Aufhebung der Gemeinſchaft ein ideeller Anteil an der Errungenſchaft und den einzelnen Beſtandteilen derſelben nicht hervor, ihr Miteigentumsrecht iſt ein ruhendes, latentes. Das Verhältnis iſt in dieſer Beziehung das gleiche, wie bei der allg. G.-G." — Hier iſt klar ausgeſprochen: Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung iſt die geſamte, durante matrimonio unteilbare Errungenſchaft, ſie iſt es entſprechend der Veräußerungsmacht des Mannes, hängt alſo ſo wenig wie dieſe vom ſozialen Zweck der Schuld ab. Die Unterwerfung der Errungenſchaft unter die Zwangsvollſtreckung findet alſo nicht nur gegenüber von Sozial- ſondern auch gegenüber von Privativ-Gläubigern des Mannes ſtatt. — Indem das Gericht Gaupp, Norman ꝛc. S. 53 zitiert, eignet es ſich deſſen Schlußſätze an, die alſo lauten: „Es gilt alſo ſchon jetzt (1893) in Württemberg für die Errungenſchaftsgeſellſchaft im weſentlichen ganz dasſelbe, was der

I. Entwurf des B.G.B. für die allg. G.-G. in § 1360 Abs. 1 und für die Errungenschaftsgemeinschaft § 1424 Abs. 1, jetzt C.P.O. § 740 statuiert, so daß also der Ehefrau, wenn bei einer nur gegen den Ehemann gerichteten Zwangsvollstreckung Gegenstände des in seiner Verwaltung befindlichen Errungenschaftsvermögens gepfändet werden, ein die Veräußerung und folgeweise Zwangsvollstreckung hinderndes Recht nicht zusteht, vielmehr der Vollstreckungstitel gegen den Ehemann auch die Vollstreckung in diese Gegenstände deckt" (s. auch Jahrbücher Bd. 8, S. 158, Bd. 9, S. 267)[1]). — Auf dem gleichen Standpunkt steht für hessisches Recht das Urteil des O.-L.-Gerichts Darmstadt in Seuff. Arch. Bd. 39, S. 308/309 und für das württ. Recht nimmt bei Seuff. Arch. Bd. 46, Nro. 296 das oberste bayr. Landesgericht denselben Standpunkt ein. S. auch Motive zu § 1423 des I. Entwurfs, Bd. 4, S. 523, erster Absatz am Schluß. Gerber, deutsches Privatrecht § 234 zu Note 8.

Die Annahme, daß bei Schulden des Mannes die ungeteilte Errungenschaft Gegenstand der Zwangsvollstreckung sei, findet eine ganz erhebliche Bestätigung in der Entwicklung der für die selbständige Erwerbsfrau geltenden Rechtssätze: Nach Art. 8 des ältern Handelsgesetzbuchs kann sich die Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes gültig verpflichten; das bedeutet, daß für ihre Schulden ihr Vermögen haftet, ohne daß hingegen das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Mannes zur Geltung käme; zu ihrem Vermögen gehört zwar nur ihr Anteil an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen; aber weil „die Substanz des eheweiblichen Vermögens mit der des ehemännlichen zu einer untrennbaren Masse verbunden ist" (Hahn, § 4 zum frühern D. H.G.B. Art. 8), haftet gemäß Art. 8 Abs. 2 H.G.B. das gemeinschaftliche Vermögen der allg. und partiellen Gütergemeinschaft ganz und ungeteilt. — Für die Gewerbefrau ist in § 11 Gewerbeordnung ein Gleiches nicht ausdrücklich bestimmt, es

1) Geßler: die württ. Landesgesetze (1902) zu §§ 739, 740 C.P.O. (S. 285—86).

nimmt aber z. B. Mandry, civilrechtl. Inhalt, dieſelbe Haftung des Geſamtguts auch bei den Verbindlichkeiten der Gewerbefrau an und zwar immer wieder aus dem Grund, weil das gemeinſchaftliche Vermögen dur. matr. als ein einheitliches, nicht als der Komplex zweier getrennter Vermögen erſcheine, ſ. Mandry-Geib, civilrechtl. Inhalt ꝛc., 4. Aufl., S. 24/25. — Und auch bei Lang, Perſonenrecht § 53, Bd. 2, 2, c werden die Schulden der Frau, die mit Zuſtimmung ihres Mannes Handel oder Gewerbe treibt, als Sozialſchulden bezeichnet. Sie ſind es aber gewiß nicht deshalb, weil ſie ſtets den ehelichen, ſozialen Zwecken dienen, denn es kann ja die Frau ein Erwerbsgeſchäft lediglich und ausſchließlich zum Nutzen ihres Vorbehaltsguts, alſo ſo, daß die Erträgniſſe nur dieſem zukommen, betreiben, ſondern deshalb, weil für die Schulden der Erwerbsfrau bei Zuſtimmung des Mannes das ganze Vermögen der Frau, alſo auch das Geſamtgut, dieſes aber in ſeiner über die Dauer der Errungenſchaftsgeſellſchaft unteilbaren Geſamtheit haftet. — Ganz ein und derſelbe Grund iſt es hiernach, der bei den Schulden des Mannes und denen der Erwerbsfrau für die Haftung des ungeteilten Geſamtguts als entſcheidend gilt: die Unteilbarkeit des Geſamtguts während beſtehender Gütergemeinſchaft.

Von der Frage, was Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung ſei, wohl zu unterſcheiden iſt die Frage, gegen wen die Zwangsvollſtreckung beginnen darf, wer der Exequendus iſt. Beim Urteil gegen den Mann iſt Gegenſtand der Exekution das Geſamtgut, aber wenn ſolches im Gewahrſam der Frau oder auf ſie im Grundbuch eingetragen iſt, ſteht dem Beginn der Zwangsvollſtreckung gegen die Frau der § 740, 808 C.P.O., bezw. § 17 G.O. entgegen. Beim Urteil gegen die Erwerbsfrau iſt Zwangsvollſtreckung nach den gleichen geſetzlichen Beſtimmungen nicht zugelaſſen gegen den Mann, der Geſamtgut in ſeinem Gewahrſam hat, bezw. auf den es eingetragen iſt. Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung iſt das Geſamtgut, aber Exequendus iſt beim Urteil gegen den Mann

nur dieser, bei dem gegen die Erwerbsfrau nur sie; der Gegenstand der Zwangsvollstreckung kann seine Einschränkung darin finden, daß sich derselbe in der Hand eines Dritten, dort der Frau, hier des Mannes befindet. — Zwar hat sich das oberste Landesgericht für Bayern in seinem Urteil vom 12. November 1890 (Seuff. Arch. Bd. 46, Nro. 296) in Anwendung württembergischen Rechts dahin ausgesprochen, daß ein gegen den Mann ergangenes Urteil auch gegen die Frau und in ihr bewegliches Sondergut vollstreckbar sei. Dieses Urteil scheint mir aber nach zwei Richtungen verfehlt zu sein. Einmal kann Gegenstand der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen den Mann niemals das Sondergut der Frau sein, sodann folgt aus der Unteilbarkeit des gütergemeinschaftlichen Vermögens nur, daß dieses Vermögen ungeteilt Gegenstand der Zwangsvollstreckung gegen den Mann ist, nicht auch, daß das Urteil nicht nur gegen den Mann, sondern auch gegen die Frau vollstreckt werden könnte; es scheint mir in dem Urteil des bayr. Gerichts eben jener Unterschied zwischen Gegenstand der Zwangsvollstreckung und Person des Exequendus nicht genügend beachtet zu sein. — Nun bestimmt aber die neue C.P.O. in §§ 740, 741 ausdrücklich, daß ein gegen den Mann, bezw. gegen die Erwerbsfrau ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut genügend sei, und es herrscht jetzt ein lebhafter Streit über die Tragweite dieser Vorschriften. Die Denkschrift zum Entwurf der neuen C.P.O. bemerkt zu § 670 f., jetzt § 740, daß in Ansehung der Sachen, die sich im Besitz der Frau befinden, und der Rechte, die im Grundbuch ausschließlich auf den Namen der Frau eingetragen seien, das gegen den Mann ergangene Urteil nicht gegen die Frau vollstreckt werden könne, daß vielmehr der Gläubiger des Mannes erst gegen die Frau Klage auf Herausgabe der Sachen oder auf Berichtigung des Grundbuchs erheben müsse. Dieselbe Ansicht vertritt dann Plank in der Juristenzeitung 1900 S. 77 ff. Auch er nimmt also an, daß mit dem § 740 nur gesagt sei, daß bei einem Urteil gegen den Mann Gegen-

ſtand der Zwangsvollſtreckung das (ganze) Geſamtgut ſei, daß aber für die Frage, wer Exequendus ſei, nach wie vor C.P.O. § 750 maßgebend ſein müſſe. — Demgegenüber weiſt Falkmann, Juriſtenzeitung 1900 S. 175 ff. darauf hin, daß ja auch in § 746 C.P.O. ein Fall gegeben ſei, wo ein gegen den B. lautendes Urteil (trotz C.P.O. § 750) gegen C. vollſtreckbar ſei, nämlich das gegen die Kinder ergangene gegen die nutznießungsberechtigten Eltern; angeſichts dieſes § 750 ſtehe nichts im Weg, auch beim Urteil gegen den Mann die Zwangsvollſtreckung gegen die Frau als Inhaberin vom Geſamtgut beginnen zu laſſen. Falkmann ſchließt ſich an: Hirſch, Boſchers Zeitſchrift, 43. Jahrgang, S. 310 ff. Und nun hat ſich in gleichem Sinn auch das Kammergericht Berlin ausgeſprochen: Seuff. Arch. Bd. 58, Nro. 125. — In eben dieſem Urteil handelt es ſich um ein gegen eine Erwerbsfrau ergangenes Urteil; und es iſt hier in Konſequenz der zu § 740 entwickelten Falkmannſchen Anſicht ausgeſprochen, daß auch im Fall des § 741 das gegen die Erwerbsfrau ergangene Urteil gegen den Mann, der Geſamtgut beſitzt, vollſtreckt werden könne. — All dies gilt aber nur für allg. G.-G. und Errungenſchaftsgemeinſchaft neuen Rechts; nur für dieſe ſind die (urſprünglich im I. Entwurf des B.G.B. enthaltenen) Vorſchriften der §§ 740, 741 gegeben. Nach württ. Recht wird alſo auch fortan, um ein gegen den Mann ergangenes Urteil gegen die Frau, ein gegen die Erwerbsfrau ergangenes gegen den Mann zu vollſtrecken, ein auch gegen den Exequendus — dort Ehefrau, hier Ehemann — erwirktes Urteil erforderlich ſein.

Wir gelangen für das württ. Errungenſchaftsrecht zu folgendem Ergebnis:

1. Der Mann iſt zu jeder Verfügung über die zur Errungenſchaft gehörigen Grundſtücke befugt mit der einen Ausnahme, daß er ſolche nicht für eine eigene Sonderſchuld verpfänden darf.

2. Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung gegen den Mann iſt immer nebſt ſeinem Sondergut die ungeteilte Errungenſchaft.

3. Die Zwangsvollstreckung in die Errungenschaft kann gegen die Frau, welche Errungenschaftssachen im Gewahrsam hat, oder auf die solche Rechte im Grundbuch eingetragen sind, nicht ohne ein auch gegen die Frau auf Herausgabe der Sachen oder auf Berichtigung des Grundbuchs erwirktes Urteil begonnen werden. —

Anm. Nach Landrecht ist das Errungenschaftsgesellschaftsvermögen im ungeteilten Miteigentum der Ehegatten: römisch rechtliche communio pro indiviso. Betrachtet man aber die einzelne Rechtssätze der Errungenschaftsgesellschaft, so findet man, daß sie sich fast alle nicht aus dem Rechtsbegriff des Miteigentums entwickeln, sondern aus der rechtlichen Stellung des Mannes als Familienhaupts. In dieser Stellung ist er befugt, das errungene Vermögen zu besitzen und zu verwalten. In dieser Rechtsstellung mögen ihm durch das positive Recht gewisse Schranken gesetzt sein, so im neuen Recht die Beschränkungen der §§ 1444—1446 B.G.B. Gegen diese Schranken muß aber auch wieder der Mann seinen Schutz haben, so im neuen Recht dadurch, daß er den (unberechtigten) Widerspruch der Frau durch Anrufen des Vormundschaftsgerichts zu brechen vermag. B.G.B. § 1447. — Die von uns bekämpfte Ansicht findet die erforderliche Beschränkung des Mannes darin, daß er Errungenschaftsgrundstücke nur zu Errungenschaftszwecken veräußern dürfe; nur in diesem Fall soll der Mann der Zustimmung der Frau nicht bedürfen. Wenn nun aber der Mann irgend ein Grundstück verkauft und behauptet, daß er dies tue zu Zwecken der Errungenschaft, hat er, wenn die Frau widerspricht, den Beweis seiner guten Absicht zu führen, oder liegt der gegenteilige Beweis der Frau ob? Und was ist Zweck der Errungenschaft? Wenn der Mann in seinem Sondergut eine Fabrik besitzt, die mit Schaden betrieben wird, und er will gegen diese Fabrik eine andere günstige eintauschen und hiebei das erforderliche Aufgeld dadurch gewinnen, daß er einen Errungenschaftsacker verkauft, bedarf er hier der Zustimmung der Frau? Wenn er solcher bedarf, und

die Frau in augenscheinlichem Widerspruch gegen das Gesamtinteresse der Ehegatten die Zustimmung versagt, können hier nicht Unzuträglichkeiten entstehen, so groß, als wenn der Mann seine ihm von der herrschenden Meinung gewährte Veräußerungsbefugnis mißbraucht? —

Lang fordert nicht einen „sozialen Zweck", sondern eine soziale Schuld; nur zur Tilgung einer solchen soll der Mann Errungenschaftsgrundstücke veräußern dürfen. Setzen wir nun den Fall, daß ein Ehemann, der dem A. aus Bürgschaft 1000 Mk., dem B. aus einem zum Nutzen der Errungenschaft abgeschlossenen Kaufvertrag 1100 schuldet, eine zur Errungenschaft gehörige Wiese verkaufen will: wenn hier der Mann die Absicht kundgibt, den Erlös aus der Wiese zur Bezahlung des Ackers zu verwenden, kann die Frau einen Rechtsstreit gegen ihn erheben mit der Behauptung, daß er in der Tat bezwecke, seine Bürgschaft zu lösen? —

Man sieht, daß die Beschränkung des Mannes in Hinsicht auf den Zweck (oder Erfolg) der Veräußerung zu unlöslichen Konflikten führt. Es kann sich nur darum handeln, ob der Mann überhaupt zur Veräußerung von Liegenschaften der Errungenschaft der Zustimmung der Frau bedarf oder nicht, und hier haben wir eben nur die eine Vorschrift, daß er der Zustimmung dann (und nur dann) bedarf, wenn er solche Liegenschaften für seine Sonderschuld verpfänden will. — S. auch Motive zum B.G.B. IV, S. 358 ff., wo auch nur so unterschieden wird, ob der Mann der Zustimmung zur Veräußerung überhaupt bedarf oder nicht. —

Neustens hat auch das Grundbuchamt Stuttgart den Grundsatz ausgesprochen, es sei zu prüfen, ob der soziale Zweck dargetan sei, event. die Frau zu hören[1]). Wenn nun aber überhaupt die Zustimmung der Frau unter gewissen Umständen erforderlich ist, so darf doch das Grundbuchamt nicht (über ein Recht der Frau) verfügen, ohne sie gehört zu haben, und wenn die Frau in einem Falle Widerspruch erhebt, in

1) Boschers Zeitschrift, Bd. 43, S. 316.

welchem der soziale Zweck dem Grundbuchamte offensichtlich ist, kann es gegen die Frau entscheiden und hiernach eintragen, oder muß es nicht gleichwohl den Mann auf den Rechtsweg verweisen; tut es letzteres, welches Rechtsmittel steht dem Mann nach Landrecht zu? — Keines. — Und auf jedem Weg bestätigt sich die Richtigkeit der Annahme, daß nach württ. Errungenschaftsrecht der Mann befugt sein muß, ausgenommen den Fall des Pfdgeſ. Art. 24 über Gesamtgut jeder Art frei zu verfügen. —

Literarische Anzeigen.

Der **Kommentar zur Gewerbeordnung** von Landmann ist, von Dr. G. Rohmer bearbeitet, in vierter Auflage erschienen (München, Beck, 2 Bände von 744 und 943 Seiten, geb. 30 Mk.). Die eingehende, gründliche, die neueste Literatur und Rechtsprechung sorgfältig berücksichtigende Arbeit erreicht das gesteckte Ziel „das Buch auf der Höhe eines den Gegenstand möglichst erschöpfenden, verlässigen und mit der lebendigen Rechtsentwicklung fortschreitenden Handbuchs des Reichsgewerberechts zu erhalten". Der zweite Band enthält als Anhang II. das Kinderschutzgesetz vom 30. März 1903 mit eingehender Erläuterung. Der Civilrichter, der nicht ganz selten mit Fragen des Gewerberechts zu tun hat, wird über solche Fragen aus dem vorliegenden Werk und der hier nachgewiesenen Literatur zuverlässige Auskunft sich zu verschaffen in der Lage sein: vergl. z. B. über Kartelle Bd. 1 S. 89, über die Koalitionsfreiheit des § 152 Abs. 2 Bd. 2, S. 495—502.

Die **Zeitschrift für Arbeiterversicherung** (s. Jahrb. Bd. 13 S. 388) wird nunmehr vom K. württ. Landes-Versicherungsamt zur regelmäßigen Veröffentlichung seiner Entscheidungen benützt.

Von dem Staudingerschen **Kommentar zum B.G.B.** (s. Jahrb. Bd. 15 S. 134, 272) sind inzwischen zwei weitere Lieferungen der zweiten Auflage erschienen, die die §§ 1—110 des Allgemeinen Teils behandeln unter Anführung und Würdigung der neuesten Literatur und Praxis.

Beßler: **Das bürgerl. Recht einschließlich des Handels- und Wechselrechts und des württ. Landesrechts. I. Band. Die allgemeinen Lehren** (Stuttgart, Kohlhammer, Preis geb. 4 Mk. 30 Pfg.). Diese für den Unterrichtskurs der Notariatskandidaten bestimmte Bearbeitung des bürgerl. Rechts wird namentlich mit Rücksicht auf die aus dem Titel sich ergebende Vollständigkeit und auf die übersichtliche und klare Behandlung des Stoffs auch dem Praktiker in gleicher Weise Dienste leisten können wie für das frühere Recht die Heglerschen Lehrbücher.

Dr. jur. G. Sekler behandelt in einer eingehenden Schrift **die Lehre von der Vormerkung** nach dem neuen Reichsrecht (München, Beck, 312 S., Preis 7 Mk.) unter Berücksichtigung der neuesten wie der auf das frühere preußische Recht bezüglichen Literatur und Rechtsprechung; die Arbeit, die insbesondere auch auf die Vormerkung im Konkurs und im Zwangsvollstreckungsverfahren eingeht, gewährt eine willkommene kritische Uebersicht der mannigfachen Zweifelsfragen dieser Lehre.

Zur Technik des B.G.B. Von O.L.G.Rat Romeick in Stuttgart, Heft III.: **Rechtsnachfolge.** (Heilbronn, Kielmann, Preis 2 Mk.) In dieser Abhandlung, die in äußerst anregender, gründlicher und scharfsinniger Weise sich namentlich mit den Aufstellungen Hellwigs auseinandersetzt, stellt Romeick in den §§ 2, 5, 6 und 7 folgende Sätze auf: Die Veräußerungsverfügung eines Nichtberechtigten ist stets nichtig (S. 10–28); der Rechtserwerb des gutgläubigen Erwerbers, der sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet, ist originärer Erwerb (S. 35—39); der nichtberechtigte Verkäufer einer fremden Sache hat keine Kaufpreisforderung gegen den (gutgläubigen) Käufer, dagegen hat der Käufer das Recht, von einem solchen Verkäufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und der frühere Eigentümer gegen den Käufer (der nicht bezahlt hat) Anspruch auf den Kaufpreis (S. 39—58).

Diese Sätze sind nicht unbedenklich und es mögen die dagegen zu erhebenden Bedenken im folgenden kurz angedeutet werden.

Wer eine Sache in gutem Glauben von einem Nichtberechtigten kauft, erwirbt mit der Uebergabe bzw. Auflassung nebst Eintragung im Grundbuch das Eigentum daran (§§ 892, 932 ff. B.G.B.). Er „leitet" nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. (vgl. z. B. § 135 Abs. 2) „sein Recht von dem Nichtberechtigten her": das soll nach Romeick besagen: er leite allerdings — irriger Weise — sein Recht von dem Verkäufer, einem in Wirklichkeit Nichtberechtigten her, in Wahrheit sei er aber niemands Rechtsnachfolger, sondern er erwerbe sein Recht „nur durch sein eigenes gutgläubiges Tun", also originär. Besitzt also jemand eine fremde bewegliche Sache, an der ein Nießbrauch (etwa einer juristischen Person) besteht, und verkauft er sie unberechtigter Weise an einen gutgläubigen Dritten, so soll diesem die vielleicht bis auf ein paar Monate abgelaufene Verjährungszeit der früheren Besitzer gegen den Nießbraucher nicht zugut kommen, vielmehr beginnt in seiner Person die (30jährige) Verjährung aufs neue: denn er ist ja nicht „Rechtsnachfolger" eines früheren Besitzers (§ 221 B.G.B.). Das würde doch wohl dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen; dem von Romeick selbst (S. 72) betonten Satz, daß Konstruktion und Systematisierung „das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs" nicht ver-

letzen dürfen, scheint es hienach wie nach dem Sprachgebrauch des B.G.B., das nach § 932 „durch eine nach § 929 erfolgende Veräußerung" seitens eines Nichtberechtigten Eigentum entstehen läßt und von „Herleitung" eines Rechtes von einem Nichtberechtigten spricht[1]), zu entsprechen, wenn ein derartiger gutgläubiger Erwerb mit der herrschenden Meinung (Dernburg, Crome, Gierke u. a.) als abgeleiteter angesehen wird, mag dies auch der strengen Logik zu widersprechen scheinen (wie z. B. auch das Institut der Eigentümerhypothek). Ganz entschieden dürfte jenem „Gesetz der Deckung des positiven Stoffs" durch die Konstruktion der Satz widersprechen, daß der frühere Eigentümer einer von einem Nichtberechtigten verkauften Sache (unter Umständen) gegen den gutgläubigen Käufer einen Anspruch auf den Kaufpreis habe, nämlich als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 B.G.B.: das Gegenteil ergibt schon der § 816 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; sodann gibt Romeick selbst natürlich zu, daß der frühere Eigentümer keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache selbst hat, an der ja der gutgläubige Erwerber das Eigentum erlangt hat; Ersatz des Werts gemäß § 818 Abs. 2 B.G.B. kann ebenfalls nicht in Frage kommen; den Kaufpreis aber, den der gutgläubige Käufer, wie Romeick annimmt, an den Verkäufer nicht zu zahlen hat, als (auf Kosten des früheren Eigentümers) vom Käufer ohne rechtlichen Grund erlangt anzusehen, dürfte doch kaum mit dem Gesetz vereinbar sein.

Unhaltbar erscheint ferner die Annahme: die Verfügung, wodurch sich der nicht berechtigte Besitzer und Verkäufer treuloser Weise mit dem gutgläubigen Käufer über den Uebergang des Eigentums an der fremden Sache einigt, sei nichtig: diese Verfügung bildet ja doch die notwendige Voraussetzung für den Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers und diesen kann der treulose Verkäufer nicht anfechten; die Kaufpreisforderung aber erlangt der Verkäufer — wenn er sie erlangt — nicht durch jene Verfügung, sondern durch den Kaufvertrag, der — wie Romeick selbst S. 12 anerkennt — nicht nichtig ist (§ 433 B.G.B.). Die §§ 134, 138 B.G.B. treffen aber überhaupt nicht zu: die nicht zum Ausdruck gelangende dem andern Teil unbekannte „verwerfliche Gesinnung" einer Vertragspartei macht ein seinem Inhalt nach an sich erlaubtes Rechtsgeschäft nicht zu einem solchen, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt; die Uebereignung einer verkauften Sache ist aber ohne Frage an sich ein erlaubtes Rechtsgeschäft; es wäre doch auch sonderbar, wenn der Verkauf einer unterschlagenen

1) Die Auslegung, daß dieses Wort nur „konstatiert, wie sich die Sache im Kopf des gutgläubigen Erwerbes spiegelt", dürfte doch der „Technik des B.G.B." zuwiderlaufen.

Sache giltig, deren auf Grund des Verkaufs erfolgende Uebereignung aber nichtig wäre, jedoch diese Uebereignung die Folge hätte, daß der Erwerber Eigentum an der Sache erlangt! Ein derartiger Inhalt des B.G.B. ist doch wohl „ohne strengste Beweise" nicht „annehmbar" (Romeick S. 27). Wenn nun Romeick (S. 42) ausführt: falls der nichtberechtigte (insbesondere der treulose) Verkäufer die fremde (bewegliche) Sache als seine eigene dem Käufer übergebe, sei die ihm obliegende Verpflichtung, dem Käufer Eigentum an der Sache zu verschaffen, unmöglich geworden, weil der Käufer nunmehr kraft seines guten Glaubens, also anderweit (§ 440 Abs. 3 B.G.B.), Eigentum erlangt habe, so dürfte auch dem nicht zuzustimmen sein: nach der natürlichen Auffassung, der die Bestimmungen des B.G.B. mindestens nicht entgegenstehen, erwirbt in einem solchen Fall der Erwerber eben durch die Uebereignung das Eigentum und nicht „anderweit": vgl. das oben gegen die Annahme eines originären Erwerbs des gutgläubigen Käufers Gesagte und § 877 E.B.G.B. („durch den" — dinglichen — „Vertrag"), sowie § 932 B.G.B. („durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung"): ein Schadenersatzanspruch, wie ihn die Absätze 2 und 3 des § 440 B.G.B. gewähren, setzt „das Recht eines Dritten" voraus, „das zum Besitze der Sache berechtigt": ein solches Recht des Eigentümers besteht aber von dem Augenblick an nicht mehr, da der gutgläubige Käufer mit der Uebergabe der erkauften Sache an ihn das Eigentum daran erwirbt; schon aus diesem Grund ist ein (nachträglicher) „anderweiter" Erwerb eines solchen Rechts nicht möglich; Abs. 2 und 3 des § 440 setzen ein nach der Uebergabe fortbestehendes Recht eines Dritten, das zum Besitz berechtigt, voraus. Damit fällt denn auch der von Romeick auf § 440 Abs. 2 und 3 gestützte Schadenersatzanspruch des gutgläubigen Käufers gegen den (nichtberechtigten) Verkäufer.

Der Käufer kann von dem hier vertretenen Standpunkt aus gegen die Kaufpreisforderung des (nichtberechtigten, treulosen) Verkäufers nicht einwenden, er bezahle nicht, weil ihm der Verkäufer nicht das Eigentum an der Sache verschafft (sondern er dieses „anderweit erworben") habe; vielmehr steht dem Verkäufer auf Grund des Kaufvertrags, zufolge dessen der Käufer mit der Uebereignung der Sache das Eigentum daran erlangt hat, an sich ein Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises gegen den Käufer zu. Es kann sich nur fragen, ob der gutgläubige Käufer eine Einwendung darauf stützen kann, daß der Verkäufer zur Veräußerung und Uebereignung der ihm nicht gehörigen Sache nicht berechtigt war. Das ist zu verneinen, weil diese Einwendung aus dem Recht eines Dritten entnommen wäre. Der frühere Eigentümer kann sich nur an den halten, dem

er seine Sache anvertraut hat („wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder holen"). Praktisch wird sich die Sache nicht so schlimm machen, wie sie aussieht, wenn man Fälle konstruiert, wie den, daß ein Verkäufer, „um die Richtigkeit der Hellwigschen Theorie zu erproben", in der Klage auf den Kaufpreis anführt, er habe die verkaufte Sache unterschlagen; der frühere Eigentümer wird auch leicht gegen den ungetreuen Veräußerer einen Arrest erwirken und sodann dessen Kaufpreisforderung pfänden lassen können und der gutgläubige Käufer wird, wenn er den wahren Sachverhalt erfährt, den früheren Eigentümer zu solchem Vorgehen veranlassen.

Pf.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Anfechtung von Rechtshandlungen. Ist es zulässig, auf Grund der Bestimmungen der Konkursordnung über die A. v. R. eine einzelne Vertragsbestimmung anzufechten? 50.

Anschlußberufung in Verwaltungsrechtssachen. Zu Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege (Hemmung der Rechtskraft) 114.

Anwalt. Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter A. zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt? 292.

Apothekerwaren, Verkaufsberechtigung 86 fg.

Arglistiges Verschweigen eines Mangels (§ 443 B.G.B.) 298.

Arglistige Täuschung betreffs des Bierverbrauchs in einer verkauften Wirtschaft und zugleich Garantie? 300.

Arzneien, Beschränkung des Handels mit A. 195.

Arzneimittel und Geheimmittel, Verkehr mit A. und G. 78 ff.

Arzneimittelverkehr. Der Begriff des „Ueberlassens an andere" im Sinn des § 367 Z. 3 St.G.B. betr. den A. 194.

Ausland. Kann Ersatz der Kosten eines im A. geführten Prozesses verlangt werden, wenn die Vollstreckbarkeit von Urteilen des betreffenden Landes in Deutschland ausgeschlossen ist und der Kläger im Inland ein mit dem ausländischen Urteil sachlich übereinstimmendes Urteil erwirkt?, 160.

B.

Baukontrolleur. Was fällt unter den Begriff: Amtshandlung eines B.? Zum Tatbestand des § 114 St.G.B. 89.

Bauordnung. Zu Art. 15 Abs. 2 der B. und zu §§ 6 und 10 des Stuttgarter Ortsbaustatuts (in der Fassung dieser §§ v. 1. April 1898) 369.

— Zu Art. 11 Abs. 3 u. 4 der B. Uebergang der Verpflichtung zur Bezahlung eines Dohlenbeitrags auf den späteren Gebäudebesitzer kraft ortsbaustatutarischer Vorschrift. 371.

Beleidigung. Den Beleidigten steht das Recht, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen, auch dann zu, wenn das Hauptverfahren nur wegen falscher Anschuldigung und nicht wegen der in derselben Handlung zu findenden B. eröffnet ist. Ueber die Zulassung des Anschlusses ist baldtunlich noch vor der Hauptverhandlung in beratender Sitzung zu entscheiden 61.

Betrugsvergehen. Die Vermögensbeschädigung beim B. in ihrem Verhältnis zu einem Garantieversprechen und zur Irrtumserregung 208.

Bierabnahmevertrag. 1. Hört die Verpflichtung zur Abnahme auf,

wenn der Abnehmer seine Wirtschaft verpachtet? 2. Voraussetzungen einer Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung 6.
Bierabnahmevertrag. Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung, wodurch einem Wirt für sich und seine Rechtsnachfolger die Verpflichtung auferlegt wird, sein Bier aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen 290.
Bürge. Ist der Gläubiger verpflichtet, den B. von der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu benachrichtigen, auf dem die Forderung, für deren Bezahlung sich der Bürge verbürgt hat, hypothekarisch sichergestellt ist? 16.

C.

Chokolademünzen. Inwiefern kann die Nachbildung von Geldmünzen in Chokolademasse strafbar sein? 201.

D.

Dohlenbeitrag. Zu Art. 11 Abs. 3 und 4 der Bauordnung. Uebergang der Verpflichtung zur Bezahlung eines D. auf den späteren Gebäudebesitzer kraft ortsbaustatutarischer Vorschrift 371.
Drogen, Handel mit D. und zu Heilzwecken dienenden chemischen Präparaten 86.

E.

Ehemann. Verfügungsmacht des E. und Zwangsvollstreckung gegen ihn bei landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft 118. 375.
Eideszuschiebung über die Behauptung, eine Urkunde ungelesen unterschrieben zu haben? 1.
Einsturz eines Gebäudes 2c. Zur Auslegung des § 836 B.G.B. 305.
Einziehung. Die Tatbestandsmerkmale des § 360 Ziff. 5 R.St.G.B. und die Zulässigkeit einer beschränkten Einziehung im Sinne des Abs. 2 dieses §. 201.
Elektrovoltakreuz als Arzneimittel 83 fg.
Erfüllung. Anrechnung auf mehrere Schuldposten. Zu § 366 B.G.B. 289.
Errungenschaftsgesellschaft des württ. Landrechts. Verfügungsrecht des Ehemanns über die Errungenschaftsgrundstücke bei dem landrechtlichen Güterstand 118. 375.

F.

Fälligkeit. Streitwertfestsetzung bei Streit lediglich über die F. der eingeklagten Forderung? 54.
Färben. Die Strafbarkeit des Färbens von Eierteigwaren im Sinn der Ziff. 1 u. 2 des § 10 des R.Ges. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln 73.
Faselviehhaltung. Last der F. als eine mit einem Realgemeinderecht verknüpfte oder als eine unter das Komplexlastengesetz fallende Last? 341.
Firma, unbefugter Gebrauch. Zu § 37 Abs. 2 H.G.B. 311.
Formen, unbefugter Abdruck. 201.

G.

Garantie. G. und zugleich arglistige Täuschung betreffs des Bierverbrauchs in einer verkauften Wirtschaft? 300.
Garantieversprechen. Die Vermögensbeschädigung beim Betrugsvergehen in ihrem Verhältnis zu einem G. und zur Irrtumserregung 208.
Gebäude, Einsturz. Zur Auslegung des § 836 B.G.B. 305.
Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen. Unter den von den Polizeibehörden zur Verhütung von G. f. L. u. G. v. M. erlassenen Anordnungen des Art. 32 Z. 5 Pol.St.G. sind nicht nur allgemeine, sondern auch solche Anordnungen zu verstehen, die für einen einzelnen bestimmten Fall erlassen werden 66.
Geheimmittel. Die Rechtsgültigkeit des Verbots der Ankündigung von G. und diesen gleichgestellten Stoffen. Das subjektive Verschul-

den im Sinn des Art. 28a des Pol.St.G. 78.
Gehwege. Uebergang der Verpflichtung zur Erstattung der Kosten der Randsteine an den Gehwegen auf den späteren Gebäudebesitzer 369.
Geldmünzen. Inwiefern kann die Nachbildung von G. in Chokolademasse strafbar sein? Die Tatbestandsmerkmale des § 360 Z. 5 R.St.G.B. und die Zulässigkeit einer beschränkten Einziehung im Sinn des Abs. 2 dieses §. 201.
Genossenschaft. Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer G. (Rechtzeitigkeit u. Formrichtigkeit der Berufung der Generalversammlung und der Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung) 325.
Gerichtsstand der Niederlassung. Zur Auslegung des § 21 C.P.O. 163.
Gesellschaft. Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters. Zur Auslegung der §§ 273, 738 B.G.B. 135.
Gesellschaftsteilung in betreff eines Zeitungsunternehmens (§ 752, 753 B.G.B.) 10.
Grundstück. Inwiefern ist der Eigentümer eines G. verpflichtet, das G. in einem die Gefährdung der Umwohner ausschließenden Zustand zu erhalten? 167.

H.

Handelnder im Namen der Gesellschaft. Wer ist unter dem „Handelnden" i. S. des § 200 Abs. 1 H.G.B. zu verstehen? 318.
Handlung. Der Begriff „Handlung" im Sinne des § 61 St.G.B. Ueber das Verhältnis von Strafantrag und Privatklage 184.
Haustiere. Ueber die Zulässigkeit der Anfechtung gemäß § 119 B.G.B. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der in § 481 B.G.B. erwähnten Arten. Zum Begriff der „wesentlichen Eigenschaft" 253.
Hehlerei. Zum Begriff des Anfichbringens, zum Pfandnehmens und Verheimlichens im Sinne des § 259 St.G.B. 188.
Homöopathische Mittel. Der Begriff des „Ueberlassens an andere" im Sinn des § 367 Z. 3 St.G.B. betr. den Arzneimittelverkehr 194.

J.

Irrtum, B.G.B. § 119. Eideszuschiebung über die Behauptung, eine Urkunde ungelesen unterschrieben zu haben? 1.
— Ueber die Zulässigkeit der Anfechtung gemäß § 119 B.G.B. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der in § 481 B.G.B. erwähnten Arten. Zum Begriff der „wesentlichen Eigenschaft" 253.

K.

Kind. Inwiefern ist nach Scheidung der Ehe für den Anspruch eines Elternteils gegen den andern auf (zeitweise) Ueberlassung eines Kindes der Rechtsweg zulässig? 39.
Klagänderung. Wann ist durch eine Kl. die Verteidigung des Bekl. „wesentlich erschwert"? 341.
— Zum Begriff der unzulässigen Kl. 347.
Klagzurücknahme. Zum Begriff der Kl. 353.
Knöterich als Arzneimittel 80 ff.
Kommanditgesellschaft. Ist die Verwandlung eines Vereins in eine K. oder der Eintritt eines Kommanditisten als persönlich haftender Gesellschafter von Einfluß auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem Verein und dem betreffenden Gesellschafter? 157.
Komplexlastengesetz 341.
Konkurrenzverbot. Zur Auslegung des § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. 155.
Konkursverwalter. Kann ein Bezirksnotar für Reisen, die er als K. gemacht hat, die Gebühren

berechnen, die er für Reisen in amtlicher Eigenschaft zu beanspruchen hat? 362.
Krankenversicherungsgesetz. Zu Art. 24 Abs. 2 des Ges. v. 16. Dez. 1876 und zu § 58 Abs. 1 des K. (Klage) 244.
— Zu § 58 Abs. 1 des K. 247.

L.

Landrechtliche Errungenschaftsgesellschaft. Verfügungsmacht des Ehemanns und Zwangsvollstreckung gegen ihn bei landrechtl. E. 118. 375.
Lebensversicherungsprämien. Anfechtbarkeit der Zahlung von L. aus § 32 Ziff. 2 Konk.Ord.? 338.

Literarische Anzeigen.

Beßler: das bürgerl. Recht einschließlich des Handels- und Wechselrechts und des württ. Landesrechts. I. Band. Die allgemeinen Lehren 386.
Düringer und Hochenburg, Kommentar zum H.G.B. 272.
Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 272.
Köhler, das Gefangenentransportwesen in Württemberg 273.
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung 386.
Mandry, württ. Privatr., herausgegeben von O.L.G.R. Dr. Haidlen 134.
Romeick, zur Technik des B.G.B. Heft III. Rechtsnachfolge 387.
Sekler, die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht 387.
J. v. Staudingers Kommentar zum B.G.B. 134. 272. 386.
Zeitschrift für Arbeiterversicherung 386.

M.

Mangel im Recht. Was ist unter einem „M. i. R." zu verstehen? 295.
— Zum Begriff des „arglistigen Verschweigens" eines Mangels (§ 443 B.G.B.) 298.
Motorwagenfahrten. Zum Begriff des übermäßig schnellen Fahrens im Sinn des § 366 Z. 2 St.G.B. in der Anwendung auf M. 71.

N.

Nahrungsmittel. Die Strafbarkeit des Färbens von Eierteigwaren im Sinn der Ziff. 1 u. 2 des § 10 des N.Ges. betr. den Verkehr mit N. 73.
Namen. Recht auf den N. einer Druckschrift 284.
Niederlassung. Zur Auslegung des § 21 C.P.O. 163.
Nötigung zu einer Amtshandlung durch Gewalt oder Drohung. Zum Tatbestand des § 114 St.G.B. Was fällt unter den Begriff Amtshandlung eines Baukontrolleurs? 89.

P.

Patent. Bedeutung der Einlegung eines P. in eine Gesellschaft; rechtliche Wirkung der Eintragung des Patentinhabers in die Titelrolle 135.
Pflichtteilsanspruch. Kann die Ungültigkeit eines Testaments und ein Pf. nur allen Testamentserben gegenüber einheitlich festgestellt werden? 38.
Platten, unbefugter Abdruck 201.
Postwagenfahrten. Besteht ein Vertragsverhältnis zwischen einem (württ.) Posthalter und den Reisenden, die in dem von ihm laut Vertrag mit der Postverwaltung gestellten Postwagen befördert werden? 302.
Preßdelikte. Ueber das Verfahren bei Preßdelikten 270.
Presse. Ist der fliegende Gerichtsstand der Pr. auch für die Aburteilung von Verfehlungen gegen landesrechtliche Strafvorschriften aufgehoben? 116.
Prozeßkosten. Kann Ersatz der Kosten eines im Ausland geführten Prozesses verlangt werden, wenn die Vollstreckbarkeit von Urteilen der Gerichte des betreffenden Lan-

des in Deutschland ausgeschlossen ist und der Kläger im Inland ein mit dem ausländischen Urteil sachlich übereinstimmendes Urteil erwirkt? 160.
Prozeßkosten. Zu § 91 Abs. 1 C.P.O.: eine Entschädigung f. Zeitversäumnis einer Partei ist nur zulässig, soweit es sich um Zeitversäumnis durch notwendige Reisen oder notwendige Wahrnehmung von Terminen handelt 165.
— Kann Festsetzung der P. mit der Begründung verlangt werden, die unterlegene Partei habe in schlüssiger Weise tatsächlich auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet? 349.
Prozeßvollmacht. Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter Anwalt zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt? 292.

R.

Randsteine. Uebergang der Verpflichtung zur Erstattung der Kosten der R. an den Gehwegen auf den späteren Gebäudebesitzer 369.
Realgemeinderecht 341.
Rechtsanwalt. Können Kosten eines zweiten R. deshalb ersetzt verlangt werden, weil durch ihre Aufwendung angeblich Parteikosten erspart worden sind? 358.
Rechtsanwalts-Gebühren. Ein Rechtsanwalt kann eine Gebühr gemäß § 38 Ziff. 3 der R.A.G.O. vom Gegner nur ersetzt verlangen, wenn es zur Stellung eines Gesuchs um Erlassung des Vollstreckungsbefehls gekommen ist 59.
— Zur Auslegung des § 13 Ziff. 4 R.A.G.O. 361.
Rechtsweg. Zulässigkeit des R. 350.
Reisekosten der Parteien. Sind R. erstattungsfähig, die dadurch entstanden sind, daß eine Partei statt eines an ihrem Wohnsitz wohnenden Rechtsanwalts einen am Gerichtssitz wohnenden Prozeßbevollmächtigten aufgestellt hat? 58.

S.

Schadensersatz. Berechnung des Sch. im Fall eines durch falsche Vorspiegelung über den Bierverbrauch verübten Betrugs? 300.
Schankwirtschaft. Unanfechtbarkeit des auf Grund der Gewerbeordnung ergangenen Rekursbescheids der Kreisregierung, wodurch die Erlaubnis zum Betrieb der Sch. versagt wurde 99.
— Eine Sch. kann nicht durch Verlegung des Ausschanks einzelner Getränke in ein anderes Gebäude in mehrere Berechtigungen zum Ausschank einzelner Getränke geteilt werden. 238.
Scheingeschäft. Verstoß gegen die guten Sitten. Zu §§ 116, 117, 817, 826 B.G.B. 281.
Sicherungshypothek. Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer S. Keine Zusammenrechnung des Urteilsbetrags und des Betrags der festgesetzten Kosten im Fall des § 866 Abs. 3 C.P.O. 357.
Sortimentsbuchhandlung. Was ist unter dem „Betrieb einer S." zu verstehen? 152.
Stempel, unbefugter Abdruck. 201.
Stiche, unbefugter Abdruck 201.
Stoffe, welche außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfen 81 fg.
Strafantragsrecht des Vaters als gesetzlichen Vertreters seines minderjährigen Sohnes 181.
— Ueber das Verhältnis von Strafantrag und Privatklage 184.
Streitwertfestsetzung bei Streit lediglich über die Fälligkeit der eingeklagten Forderung? 54.
Substitution. Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter Anwalt zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt? 292.
Successivlieferungsverträge 8.

T.

Testament. Kann die Ungültigkeit eines T. und ein Pflichtteilsanspruch nur allen Testamentserben gegenüber einheitlich festgestellt werden? 38.

Tiere. Haftung für den durch T. verursachten Schaden. Zur Auslegung des § 833 B.G.B. 22. 302.
Todeserklärung. Zur Auslegung des Art. 161 Abs. 3 E.G. zum B.G.B. 43.
— Feststellung des Todestags auf einen Tag vor dem 1. Jan. 1900 275.

U.

Unfallversicherungsvertrag. Ist ein Anspruch aus einem U. nur begründet, wenn und soweit der Unfall einen Vermögensschaden für den Versicherten zur Folge gehabt hat? 336.
Unterhaltspflicht. Berechnung des Streitwerts bei einer auf einen Vergleich über die U. gestützten Klage 359.
Urteil. Ein U. kann nicht gleichzeitig als Zwischenurteil i. S. des § 304 und als Vorbehaltsurteil i. S. des § 302 C.P.O. erlassen werden 355.

V.

Verein. Ist die Verwandlung eines V. in eine Kommanditgesellschaft oder der Eintritt eines Kommanditisten als persönlich haftender Gesellschafter von Einfluß auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem V. und dem betreffenden Gesellschafter 157.
Vergleich. Verstoß gegen die guten Sitten. Zu §§ 116, 117, 817, 826 B.G.B. 281.
— Ist ein „für die Beweisaufnahme" substituierter Anwalt zum Abschluß eines V. ermächtigt? 292.
— Berechnung des Streitwerts bei einer auf einen V. über die Unterhaltspflicht gestützten Klage 359.
Vergleichsgebühr. Berechnung der V., wenn der Vergleich 1. sich auf nicht eingeklagte Ansprüche erstreckt, 2. außergerichtlich abgeschlossen, aber zum gerichtlichen Protokoll festgestellt ist? 146.
Verkauf. Was ist unter „zum V. bringen" im Sinn der Minist.-Verfügung vom 21. Febr. 1896 zu verstehen? 364.
Vertragsstrafe. Ist die Bestimmung des § 343 B.G.B. (richterliche Ermäßigung der V.) anwendbar auf Vertragsstrafen, die vor dem 1. Januar 1900 vereinbart worden sind? 144.
Verwaltungsbehörde, Verfahren. Zu Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezbr. 1876 (Eröffnung der Entscheidung oder Verfügung der V.) 249.
Verzug. Geltendmachung der Folgen des V. in Lieferung einer Ware, die nach ihrer Natur nur innerhalb bestimmter Frist geliefert werden kann. 294.
Voltakreuz, Voltastern als Arzneimittel. 83 fg.
Vorbehaltsurteil i. S. des § 302 C.P.O. 355.

W.

Wassernutzungsrechte. Streit mehrerer Werkbesitzer über die Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer. Benützung des Wasserwerks einer Sägmühle zum Mahlbetrieb 212.
Wasserversorgungsanlage. Privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Betrieb einer als Gemeindeanstalt bestehenden Wasserversorgung? 225.
Wegelast. Streit über das Nichtbestehen einer öffentlichen W. (Nichtbestehen eines Gänseübertriebsrechts) 94.
Wettbewerb. Zu § 1 und 13 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren W. und § 37 Abs. 2 H.G.B. 311.
Widerspruchsklage. Inwiefern kann eine W. aus § 771 C.P.O. auf den Besitz an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung gestützt werden? 175.
Wiesenwässerung. Konzessionspflichtigkeit einer Anlage, durch welche das zur W. benutzte Wasser, soweit es bei dieser Verwendung nicht verbraucht wird, dem öffentlichen Gewässer, dem es entstammt, für einen andern Zweck entzogen wird 221.

Wirtschaft. Haftung des Eigentümers einer W. für die von seinem angeblichen Wirtschaftsführer, der aber in Wirklichkeit die W. für eigene Rechnung betreibt, bezogenen Lieferungen? 148.

Wirtschaftsführungsvertrag. Unter welchen Voraussetzungen ist anzunehmen, daß ein „Wirtschaftsführungsvertrag" ein zur Umgehung der Bestimmung des § 33 Gew.Ord. dienendes Rechtsgeschäft darstellt? 3.

Witwen- und Waisenpensionskasse, württ., für die Civilstaatsdiener. Unter welchen Voraussetzungen hat ein Staatsbeamter, der auf Lebenszeit mit Pensionsberechtigung ernannt ist, aber seine Stelle nicht angetreten hat, die gesetzlichen Beiträge zur staatlichen W.- und W.-P. für die C. zu ententrichten? 26.

Z.

Zahlung. Anrechnung auf mehrere Schuldposten. Zu § 366 B.G.B. 289.

Zahlungsversprechen. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. Zu §§ 116, 117, 817, 826 B.G.B. 281.

Zeitungsunternehmen. Gesellschaftsteilung inbetreff eines Z. 10.

Zurückbehaltungsrecht. Zur Auslegung der §§ 273, 738 B.G.B. 135.

Zwangsvollstreckung. Zu Art. 10 ff. des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 über die Z. wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche (Beitreibung staatlicher Gewerbesteuer) 114.

— Inwiefern kann eine Widerspruchsklage aus § 771 C.P.O. auf den Besitz an dem Gegenstand der Z. gestützt werden? 175.

Zwischenurteil i. S. des § 304 C.P.O. 355.